



Le Champ d'application territoriale des monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement

Patrice Coudert

► To cite this version:

Patrice Coudert. Le Champ d'application territoriale des monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement. Droit. Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2004. Français. NNT : 2004CLF10272 . tel-00661609

HAL Id: tel-00661609

<https://theses.hal.science/tel-00661609>

Submitted on 20 Jan 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE CLERMONT I – UNIVERSITE D'Auvergne
U.F.R. DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE
THESE pour obtenir le grade de DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE CLERMONT I
Discipline : droit privé
présentée et soutenue publiquement par Patrice COUDERT
Le 8 juin 2004 à 15 H 00

LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIALE DES MONOPOLES DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT ET DES PRESTATAIRES DE SERVICES D'INVESTISSEMENT

Directeur de thèse : M. Jean STOUFFLET, Doyen honoraire, Professeur émérite,
Université d'Auvergne – CLERMONT I

JURY : **M. Bertrand ANCEL**, Professeur à l'Université de Paris II – Panthéon Assas, **M. Gilbert PARLEANI**, Professeur à l'Université de Paris I – Panthéon Sorbonne, **Mlle Marie Elodie ANCEL**, Professeur à l'Université d'Auvergne – Clermont I. **M. Nicolas MATHEY**, Professeur à l'Université d'Auvergne – Clermont I

Table des matières

AVERTISSEMENT . .	1
REMERCIEMENTS .	3
LISTE DES ABREVIATIONS . .	5
Epigraphe .	9
INTRODUCTION .	11
Contexte et intérêt de l'étude .	11
Objet de l'étude . .	15
Précisions terminologiques . .	20
Précisions méthodologiques . .	27
Partie 1. L'ENTREE SUR LE MARCHÉ : LA NOTION DE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIALE DES MONOPOLES BANCAIRES ET FINANCIERS . .	29
Titre 1. La prestation sur le territoire français : recherche d'une pluriterritorialité des monopoles bancaires et financiers .	32
Chapitre 1. La justification de la pluriterritorialité . .	33
Chapitre 2. La portée de la pluriterritorialité. .	103
Titre 2. Recherche d'une extraterritorialité des monopoles bancaires et financiers . .	158
Chapitre1. L'extraterritorialité directe des monopoles bancaire et financier. . .	164
Chapitre 2. L'extraterritorialité indirecte des monopoles bancaire et financier. . .	217
Partie 2. LE DEVELOPPEMENT DE L'ACTIVITE SUR LE MARCHÉ : MISE EN ŒUVRE DE LA THEORIE DE LA LOCALISATION .	255
Titre 1. La localisation de l'exercice de l'activité bancaire ou financière : analyse statique . .	257
Chapitre 1. Le particularisme de la méthode . .	260
Chapitre 2. Le particularisme des critères utilisés . .	315
Titre 2. La localisation de l'exercice de l'activité : analyse prospective . .	373
Chapitre 1. Elimination des difficultés par l'adoption de règles de droit adaptées . .	375
Chapitre 2. Elimination des difficultés par la sécrétion de règles juridiques émanant des milieux professionnels impliqués .	390
Chapitre 3. L'évolution de la nécessité de localiser . .	410

CONCLUSION .	421
BIBLIOGRAPHIE . .	425
Ouvrages généraux . .	425
Ouvrages de droit international privé . .	425
Ouvrages de droit bancaire et financier . .	427
Autres ouvrages généraux . .	428
Ouvrages spéciaux, thèses et monographies . .	432
Ouvrages de droit international privé . .	432
Ouvrages de droit bancaire et financier . .	434
Autres ouvrages spéciaux .	436
Recueils de Cours. .	438
Répertoires, recueils, dictionnaires et encyclopédies . .	442
Jurisclasseur . .	445
Articles, chroniques, communications, et collectifs . .	451
Rapports, recommandations et organisations professionnelles .	510
Conclusions et notes de jurisprudence . .	517
TABLE DES DECISIONS CITÉES .	523
Juridictions internationales .	523
Cour Permanente de Justice internationale . .	523
Cour Internationale de Justice . .	523
Juridictions communautaires . .	524
Cour de Justice des Communautés Européennes .	524
Juridictions françaises . .	525
Cour de cassation .	525
Conseil d'Etat . .	528
Cours d'Appel .	528
Juridictions du premier degré .	529

AVERTISSEMENT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

La documentation utilisée dans cette étude est à jour au 15 février 2004.

Les adresses Internet auxquelles la présente thèse renvoie ont toutes été consultées et fonctionnent à cette même date.

Conscient du fait que l'information disponible sur Internet peut s'avérer extrêmement versatile, il est tenu à la disposition du lecteur un exemplaire papier de chaque page consultée en tant que de besoin.

REMERCIEMENTS

Nombreux sont ceux à qui je voudrais, par ces lignes, exprimer ma plus profonde gratitude, car la présente étude n'aurait vu le jour sans leur soutien, qui n'a jamais faibli. J'en oublierai sans doute, mais certains d'entre eux doivent faire l'objet d'une mention toute particulière, eu égard à leur contribution à cet ouvrage.

Tout d'abord, je remercie vivement M. le Doyen Jean STOUFFLET, parce qu'il m'a fait l'honneur de sa confiance en acceptant de diriger cette recherche, ce dont il s'est acquitté avec patience, exigence et bienveillance.

Mlle le Professeur Marie-Elodie ANCEL m'a, à maintes reprises, aidé dans la réalisation de ce travail. Je lui adresse, avec cette étude, un témoignage de gratitude.

L'ensemble du personnel de la Faculté de Droit de CLERMONT FERRAND doit être remercié ici, et tout particulièrement celui de la Bibliothèque Universitaire et des salles de documentation, qui m'a permis de mener mes recherches dans un contexte privilégié,

Merci à tous les auteurs auxquels je me suis opposé, pour m'avoir donné, par leur travail, matière à discussion et à réflexion critique.

Merci à mes soutiens financiers, institutionnels et privés,

Mes chers parents, Cécile, sans votre confiance en moi, je n'aurais pas eu la force de débiter,

Michèle, Alain, Dominique, Xavier, je voudrais que vous trouviez ici ma reconnaissance éternelle, car sans votre exemple de courage, je n'aurais pu connaître les raisons de mener cette étude à son terme,

Albert, trouve ici le témoignage de l'amitié indéfectible d'un frère de cœur : sans tes observations critiques, le présent travail serait en partie orphelin,

Merci à toi, Hélène, pour m'avoir donné les plus belles raisons d'achever,

Sandrine, l'élaboration de ce travail te doit beaucoup, et je voudrais qu'il constitue pour toi un encouragement, un remerciement, et un gage d'affection,

Maître Patrick, trouve dans ces lignes l'expression de mon amitié sincère et chaleureuse, en espérant qu'elles ne soient que le commencement, et non une fin,

Tous mes amis du Rallye Trompes des Volcans trouveront ici le témoignage d'une amitié sincère,

Merci à Daniela pour m'avoir accordé de son temps pour les mises en forme,

Merci, Claire-Marie, pour t'être acquittée avec soin de la fastidieuse tâche de relecture,

Merci enfin à Giacomo PUCCINI, dont la Tosca a souvent agrémenté mes réflexions.

LISTE DES ABREVIATIONS

A.E.D.B.F Association Européenne de Droit Bancaire et Financier

A.F.A. Association Française d'Arbitrage

A.F.B. Association Française des Banques

A.F.D.I. Annuaire Français de droit international

A.F.E.I. Association Française des Entreprises d'Investissement

A.F.U.B. Association Française des Usagers de la Banque

A.G.C.S. Accord Général sur le Commerce des Services.

A.J.D.A. Actualité Juridique – Droit Administratif.

A.L.D. Actualité législative Dalloz

A.L.E.N.A. Accord de Libre Echange Nord-Américain

Aff. Affaire

A.M.F. Autorité des Marchés Financiers (voir C.O.B. et C.M.F.)

Ann. CDI Annuaire du Centre de Droit International

Art. Article

A.T.S. Alternative Trading Systems

B.C.E. Banque Centrale Européenne

Bull. Bulletin

C.A. PARIS Arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris

C.C.A.E.L. Collected Courses of the Academy of European Law

C.E.C.E.I. Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement

C.I.J. Cour Internationale de Justice

C.J.C.E. Cour de Justice des Communautés Européennes

C.J.F.E. Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation

C.M.F. Conseil des Marchés Financiers (Voir A.M.F.)

C.N.U.D.C.I. Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International

C.O.B. Commission des Opérations de Bourse (voir A.M.F.)

C.P.J.I. Cour Permanente de Justice Internationale

C.R.B.F. Comité de la Réglementation Bancaire et Financière

C.R.E.D.I.M.I. Centre de REcherches sur le Droit des Investissements et des Marchés Internationaux

c./ contre

Cah. Dr. Ent. Cahiers de Droit de l'Entreprise

Cah. Dr. Eur Cahiers de Droit Européen
Cass. Civ. 1^{ère} Arrêt de la Cour de Cassation, 1^{ère} chambre civile
Cass. Civ. Arrêt de la Cour de cassation, chambre civile
Cass. Com Arrêt de la Cour de Cassation, chambre commerciale
Cass. Crim. Arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. Req. Arrêt de la Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass. Soc. Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale
Clunet Journal de Droit International
Coll. Collection
Comm. Commentaire
Contrats, conc. Consomm. Contrats, Concurrence, Consommation
D. & P. Droit et Patrimoine
D. Aff. Dalloz Affaires
D. Dalloz
Dict. Dictionnaire
Doc. COM CE Document de la Commission des Communautés Européennes
Doctr. Doctrine
Dr. Soc. Droit social
Dr. Sociétés Droit des Sociétés
D.T.S. Droits de Tirage Spéciaux
E.C.U. European Currency Unit
éd. édition
Eod. V° ou Eisd. V^{is} eodem verbo ou eisdem verbis, même mot, ou mêmes mots
fasc. fascicule
F.E.S.C.O. Forum of Exchange Securites COMmissions
G.A.T.S. General Agreement on Tariffs of Services
G.A.T.T. General Agreement on Tariffs and Trade
Gaz. Pal. Gazette du Palais
I.M.E. Institut Monétaire Européen
J.C.P. éd. E la semaine juridique, édition entreprises
JCP éd. G la semaine juridique, édition générale
Jurisl. Civil, App. Jurisclasseur Civil, Applications
Jurisl. Int Jurisclasseur international
L.G.D.J. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
L.M.A. Loan Market Association
M.A.F. Modernisation des Activités Financières

M.T.F. Multilateral Trading Facilities
M.U.R.C.E.F. Mesures Urgentes de Réforme à Caractère Economique et Financier
n° numéro
N.P.F. Nation la Plus Favorisée
O.C.D.E. Organisation de Coopération et de Développement Economique
O.I.C.V. Organisation Internationale des Commissions de Valeurs.
O.M.C. Organisation Mondiale du Commerce
Op. cit. ouvrage précité
Op. et loc. cit. ouvrage et emplacement précités
Ord. Ordonnance
P.A. Petites Affiches
P.U.F. Presses Universitaires de France
Passim en plusieurs endroits
pp. pages
R.C.A.D.I. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
R.C.C.E. Revue Communication et Commerce Electronique
R.C.D.I.P. Revue Critique de Droit International Privé
R.D.A.I. Revue de Droit des Affaires Internationales
R.D.B.B. Revue de Droit Bancaire et de la Bourse
R.D.B.F. Revue de Droit Bancaire et Financier
R.E.F. Revue d'Economie Financière
R.F. Revue Fiduciaire
R.F.A.P. Revue Française d'Administration Publique
R.I.D.C. Revue Internationale de Droit Comparé
R.I.D.E. Revue Internationale de Droit Economique
R.I.D.P. Revue Internationale de Droit Pénal
R.J.A. Revue Juridique d'Auvergne
R.J.Com. Revue de Jurisprudence Commerciale – ancien journal des agrées
R.M.C. Revue du Marché Commun
R.M.C.U.E. Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne
R.R.J. Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif
R.S.D.A. Revue Suisse de Droit des Affaires
R.T.D.Com. Revue Trimestrielle de Droit Commercial
R.T.D.Eur. Revue Trimestrielle de Droit Européen
Rep. Dalloz Int répertoire Dalloz International
Rep. Répertoire

Rev. Arb. Revue de l'Arbitrage

Rev. Dr. Comm. Revue de Droit Commercial

S.E.B.C. Système Européen des Banques Centrales

S.G.T. Sous-Groupe de Travail

t. tome

T.C.F.D.I.P. Travaux du Comité Français de Droit International Privé

T.P.I.C.E. Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes

V^o, V^{is} verbo, mot, verbis, mots

Vol. Volume

Epigraphe

On est volé à la bourse comme on est tué à la guerre, par des gens que l'on ne voit pas.

Alfred CAPUS (1858 – 1922)

La bourse ou la vie, Acte II, scène 4.

Imaginer, c'est hausser le réel d'un ton.

Gaston BACHELARD

L'air et les songes : essai sur l'imagination du mouvement.

INTRODUCTION

Contexte et intérêt de l'étude

1. Contexte économique : une internationalisation des acteurs et des comportements. Poncif pour les uns, réalité pour les autres, la mondialisation de l'économie et des échanges commerciaux est aujourd'hui au cœur de nombreux débats. L'essor des technologies nouvelles n'y est pas étranger. Désormais, il est en effet possible d'échanger à distance des biens, des services ou des informations. Et cela quasiment en temps réel, puisqu'il n'est plus nécessaire de se rencontrer physiquement. Par ailleurs, les acteurs de l'économie ont ¹, eux aussi, tendance à l'internationalisation. Et ce tant au travers d'alliances entre eux que d'acquisitions du capital de structures locales. Les manifestations de ce phénomène sont perceptibles dans tous les secteurs, et notamment dans l'activité bancaire ². L'internationalisation des activités financières et des échanges commerciaux procède du développement des mouvements transfrontaliers de capitaux, et donc des opérations internationales de banque ou, selon certains spécialistes, des opérations bancaires internationales ³. Partant, le rayonnement que peut avoir une banque dépasse désormais largement les frontières du pays sur le

¹ Voir GAVALDA (C.), Les regroupements bancaires, internes, européens et internationaux, in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Presses Universitaire de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand - L.G.D.J., Clermont-Ferrand, 2001, pp. 115 à 123.

territoire duquel est installé son siège. Il semble dès lors normal que le droit international soit conduit à interférer en ce domaine. Or, l'un des aspects fondamentaux de cette branche du droit nous paraît être une volonté sous-jacente de coopération internationale.

2. Contexte juridique : des activités réglementées. Parallèlement, en France, l'activité bancaire contemporaine a, durant cinquante années, fait l'objet de textes visant à la réglementer⁴, bien qu'une tendance diamétralement opposée ait été perçue par certains dès les années 1970⁵. Une telle volonté de contrôle laisse forcément des traces dans notre système juridique⁶. Ainsi, qui voudrait actuellement s'installer en tant que banquier se verrait soumis à un ensemble de règles particulières, destiné, selon d'éminents pénalistes, à trier le bon grain de l'ivraie, et à préserver l'honorabilité de la profession⁷. Qui plus est, l'État tient à conserver un certain contrôle sur le secteur bancaire⁸. A ce titre, le droit bancaire français en est un exemple topique, puisque les établissements de crédit jouissent d'un monopole sur certaines opérations et activités, en contrepartie duquel ils sont assujettis au respect de normes prudentielles – que nous ne traiterons pas ici – ainsi qu'à l'obtention préalable d'un agrément, qu'il faut distinguer du monopole⁹. A défaut de s'y conformer, certaines sanctions civiles, pénales et professionnelles sont encourues.

² Voir FAUVARQUE (A.), Les ogres de Wall Street attaquent l'Europe, Valeurs Actuelles, 2 juin 2000, pp. 58 à 61 ; voir également GAVALDA (C.), L'implantation bancaire française en République Arabe d'Egypte (résultats et perspectives), *Bulletin du Centre de documentation, d'études juridiques, économiques et sociales*, n° 9, juin 1979, pp. 32 à 49 ; du même, L'internationalisation du droit bancaire, in *L'internationalité dans les institutions et le droit – Convergences et défis, Etudes offertes à Alain PLANTEY*, Paris, Pédone, 1995, pp. 273 à 285 ; ou encore STOUFFLET (J.), L'implantation bancaire française en République Arabe d'Egypte (résultats et perspectives), *Bulletin du Centre de documentation, d'études juridiques, économiques et sociales*, n° 9, juin 1979, pp. 50 à 54.

³ Voir BONNEAU (Th.), *Droit bancaire*, précis Domat, Montchrestien, édition 1999, page 53.

⁴ Voir CASSOU (P.H.), La réglementation bancaire, coll. Banque et stratégie, éd. SEFI, 1997, pp. 7 à 14 ; STOUFFLET (J.), L'organisation française du secteur bancaire, in *Etudes dédiées à René ROBLOT, Aspects actuels du droit commercial français*, L.G.D.J., Paris, 1984, pp. 381 à 400.

⁵ Voir CASSOU (P.H.), *Op. cit.*, pp. 14 *in fine* à 20.

⁶ Voir CASSOU (P.H.), *Op. cit.*, p. 21.

⁷ Voir LARGUIER (J.) et CONTE (Ph.), *Droit pénal des affaires*, coll. U, éd. Armand Colin, 1998, page 277.

⁸ Napoléon 1^{er} disait déjà : « je veux que la Banque de France soit dans la main du Gouvernement mais qu'elle n'y soit pas trop ». Voir, pour la diversité de ce contrôle, VALETTE (D.), Les structures de contrôle des marchés financiers et du crédit en France, *Revue de la Banque (belge)*, 2/1993, pp. 97 à 103 ; STOUFFLET (J.), Le statut bancaire français, *Revue de la banque (belge)*, 2/1993, pp. 91 à 95.

⁹ Nous reviendrons sur ce point. Voir cependant sur cette distinction BONNEAU (Th.), Monopole bancaire et monopole des prestataires de services d'investissement, in MATTOUT (J.P.) et VAUPLANE (H. de) (sous la direction de), *Droit bancaire et financier*, Mélanges A.E.D.B.F.-France, t. I, Banque éditeur, Paris, 1997, pp. 37 à 52.

3. Intérêts de l'étude. Ils sont aussi bien théoriques que pratiques. S'agissant tout d'abord des intérêts théoriques, la rencontre entre le droit international privé – dont les plus grands auteurs ont pu dire qu'il constituait « la quintessence du droit »¹⁰ – et d'autres branches plus techniques – telles le droit bancaire et financier ou le droit de l'informatique et des réseaux – pourrait conduire à revisiter des réflexions menées antérieurement. A titre d'exemple, l'existence de réglementations strictement nationales, restreignant l'exercice de la profession bancaire paraît, à première vue, contredite par les objectifs du droit international privé. Cette dernière branche du droit semble aspirer à davantage de liberté, notamment quant à l'exercice du commerce¹¹. Cela révèle, en filigrane, un certain nombre de questions : le monopole des établissements de crédit concerne-t-il une zone géographique déterminée ou des personnes précises ? Peut-on mesurer la portée, territoriale ou personnelle, dudit monopole ? Dans l'affirmative, comment déterminer son champ d'application ? Ces aspects sont ensuite doublés d'une portée pratique indéniable, et ce au moins sur deux plans, à savoir : du point de vue du banquier, et du point de vue du client. Il convient d'abord d'adopter le point de vue de la banque qui désire conquérir de nouveaux marchés¹². Ainsi, prenons l'exemple d'une banque qui souhaite exercer¹³ en France, soit à distance, soit par l'intermédiaire d'un bureau de représentation : quelles dispositions vont s'imposer à elle ? Doit-elle, le cas échéant, tenir compte de la loi du pays dans lequel elle a son siège ? Est-elle plutôt tenue par les dispositions applicables en France ? A partir de quand peut-elle être considérée comme susceptible d'empiéter sur le monopole consenti aux établissements de crédit implantés physiquement en France, c'est-à-dire par le truchement de leur siège, de leurs filiales ou de leurs succursales, voire de structures particulières telles que les bureaux de représentation ? A l'inverse, une banque française, dûment agréée en France, souhaite s'installer à l'étranger : peut-elle se prévaloir de l'agrément dont elle est déjà titulaire ? Doit-elle plutôt se conformer à la législation du pays d'accueil ? Peut-on concevoir des solutions mixtes ? Quel rôle peuvent jouer les dispositions supranationales ou transnationales ? Ces deux directions formeront ce que nous appellerons la perspective du banquier. Il apparaît ensuite judicieux de raisonner au lieu et place de l'usager, profane ou non, qui a contracté – ou qui est sollicité

¹⁰ Voir LOUSSOUARN (Y.É.), Cours général de Droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1973, II, Vol. 139, pp. 269 à 386, spécialement page 276 *in limine*.

¹¹ Voir à cet égard le préambule de l'Accord Général sur le Commerce des Services (A.G.C.S.) : « *les membres [...] désireux d'établir un cadre multilatéral de principes et de règles pour le commerce des services [...] dans des conditions de transparence et de libéralisation progressive...* ».

¹² Pour une utilisation de cette problématique voir ANCEL (M.É.), La fourniture de services bancaires et financiers dans l'Union européenne, *Revue Lamy de droit des affaires*, 2002, n° 53, supplément, pp. 51 à 58. Le terme « conquérir » nous semble particulièrement adapté ici. En effet, ce vocable ne préjuge pas du mode par lequel la banque pénétrera sur le marché en question : implantation physique ou prestation à distance.

¹³ L'exercice est ici entendu hors de toute référence à une implantation physique. Concrètement, nous pourrions envisager l'hypothèse de l'entreprise, implantée hors du territoire de l'espace économique européen – E.E.E. – et qui réalise des opérations de banque ou fournit des services d'investissement en France.

à cette fin – par un établissement de crédit ayant son siège à l'étranger, mais qui exerce en France, par quelque moyen que ce soit. Ainsi, l'usager peut-il vérifier si une banque implantée à l'étranger exerce régulièrement en France ? Dans l'affirmative et en cas d'exercice irrégulier, qu'en est-il des sanctions envisageables ? En toute hypothèse, comment localiser les opérations qu'elle réalise ? La question est d'une portée pratique importante. En effet, une société financière, établissement de crédit non assimilé en France à une banque¹⁴, ne serait-elle pas passible de sanctions, si elle effectuait, depuis l'Espagne ou les Îles anglo-normandes, et à destination d'un client situé en France, des opérations de banque non comprises dans l'agrément qu'elle a reçu des autorités françaises ? Il faut, pour se déterminer, être en mesure de localiser le comportement afin de pouvoir dire s'il est fautif. Enfin, les opérations conclues à distance, et plus spécialement celles liées au développement de la banque « virtuelle »¹⁵, peuvent poser d'épineuses difficultés sur ce plan. En effet, la localisation de la transaction électronique, comme celle de l'établissement qui les fournit, est bien délicate à mener, et il est ainsi malaisé de situer géographiquement les éléments constitutifs d'une atteinte, faite par ces acteurs, au travers de tels moyens, au monopole des établissements de crédit, tant en fait qu'en droit¹⁶. Les exemples ne manquent pas : nous n'avons parlé ni des crédits consortiaux, ni des opérations transfrontalières, ni des nombreuses concentrations intervenues dans le secteur bancaire. Mais ne nous font-ils pas percevoir combien il est inéluctable que l'on soit conduit à analyser la portée géographique du monopole des établissements de crédit¹⁷ ?

4. Objectifs de l'étude. Ils sont, à notre sens, de deux ordres : d'une part, la sécurité juridique des transactions et, par corollaire, la prévisibilité des solutions applicables ; d'autre part, l'amélioration de l'efficacité et de l'adaptabilité des normes. En effet, les professionnels ne peuvent exercer sereinement les activités bancaires et financières internationales que si les normes auxquelles ils sont soumis leur garantissent une sécurité juridique optimale. Par ailleurs, les co-contractants de ces prestataires, profanes ou non, doivent pouvoir vérifier que l'établissement de crédit avec lequel ils sont ou vont être liés exerce sa profession de façon régulière. Ensuite, le fait que les activités bancaires et financières s'internationalisent ne doit pas conduire à l'impunité de tous ceux, personnes

¹⁴ Voir art. 18, alinéas 1, 5 et 6 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, modifiée par la loi n° 99-532 du 25 juin 1999, art. 19.

¹⁵ Pour un bref aperçu de cette complexité, voir HOSSERAYE (J. de la) et WITT (N. de), Commerce électronique : juridiction compétente et loi applicable, *Bulletin européen et international Francis LEFEBVRE*, 2/2000, Chron. 66 ; ou encore plus largement sur l'importance et la variété des hypothèses d'activités dématérialisées, GAVALDA (C.), Télévente et télépaiement, Dossier « Informatique, télématique et preuve », *P.A.*, 1996, n° 65, pp. 15 à 21 ; sur la banque à distance, voir GAVALDA (C.), Banque directe, banque à distance à l'approche de l'an 2000..., in *Mélanges offerts à Jean-Jacques BURST, Propriétés intellectuelles – An 2000*, Litec, Paris, 1997, pp. 225 à 243.

¹⁶ Voir en ce sens PARLEANI (G.), La localisation des services financiers, in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, pp. 279 à 292, spécialement n°1 à 3.

¹⁷ Voir GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire – institutions, comptes, opérations, services*, 5^{ème} édition, Manuels Jurisclasseur, Litec, 2002, spécialement n° 46.

physiques ou morales, qui exerceraient irrégulièrement les professions en cause, sous prétexte de ne pouvoir déterminer avec exactitude la loi applicable pour qualifier et sanctionner les atteintes aux monopoles analysés. Enfin, la pratique fait preuve d'imagination : certaines opérations, marginales actuellement, pourraient être d'un usage très répandu dans quelques années. Il nous paraît donc indispensable que les dispositions qui régissent les monopoles étudiés puissent s'adapter à l'évolution des techniques et des métiers. Avant de proposer une démarche propre à satisfaire ces objectifs, il apparaît intéressant de débiter notre réflexion en présentant l'objet de notre étude, pris en tant qu'objet d'une science. Puis, il nous a semblé indispensable de rappeler, ou de préciser, certaines notions qui reviendront de manière récurrente dans nos propos. Et ce afin de fixer l'architecture de notre raisonnement en un langage qui soit le plus clair possible.

Objet de l'étude

5. Caractère complexe de l'objet de l'étude – absence de conception uniforme.

Traiter du champ d'application territoriale du monopole des établissements de crédit revient, selon nous, à analyser une situation juridique complexe. Le terme est ici pris en son sens premier, c'est-à-dire, d'après LITTRÉ : « qui embrasse ou contient plusieurs idées, plusieurs éléments »¹⁸. L'origine latine de ce mot, « complexus », signifie « entrelacé ». Et c'est ce qui nous semble susceptible de caractériser le monopole conféré aux établissements de crédit, tout au moins quant à une tentative de définition¹⁹. Sans préjuger de nos futurs développements, et après synthèse d'une doctrine constante et autorisée²⁰, nous proposons dans une première approche, de définir ce monopole de la manière suivante. Il s'agit d'une exclusivité causée, donnée à des acteurs pour des opérations déterminées, accessible grâce à un agrément délivré après un contrôle préalable par une autorité administrative, et dont la garantie est assurée par un contrôle a posteriori, et par l'application possible de sanctions civiles, pénales, et professionnelles. Au demeurant, il convient de préciser que le terme même de monopole, appliqué aux établissements de crédit, ne reçoit pas exactement le même contenu en droit français qu'en droit allemand, par exemple. En effet, le système français pose d'abord une

¹⁸ Cet auteur, aidé par un avocat contemporain nommé DEROISIN, avait même ajouté qu'en droit criminel, la question complexe était celle posée au jury, dans laquelle il y avait « mélange de plusieurs crimes ou de leurs circonstances diverses. » Voir LITTRÉ (É.), Dictionnaire de la langue française, Tome I, v° complexe, Librairie HACHETTE & C^{ie} éditeur, 1878, avec sa mise à jour de 1883.

¹⁹ Voir en ce sens BONNEAU (Th.), Monopole bancaire et monopole des prestataires de services d'investissement, in MATTOUT (J.P.) et VAUPLANE (H. de) (sous la direction de), *Droit bancaire et financier*, Mélanges A.E.D.B.F.-France, t. I, Banque éditeur, Paris, 1997, pp. 37 à 52.

²⁰ Voir BONNEAU (Th.), *Droit bancaire*, précis Domat, Montchrestien, éd. 1999, page 2, n° 4 ; GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), *Op. cit.*, n° 45.

interdiction d'exercer la profession de banquier à toute structure qui ne dispose pas d'un agrément couvrant les activités visées et soumises à agrément. Le droit allemand, quant à lui, impose d'abord la nécessité de disposer d'une autorisation émanant des autorités compétentes pour certaines activités précisément énumérées, avant de préciser que l'exercice irrégulier peut entraîner l'intervention de ladite autorité²¹. Il ne s'agit pas là d'un simple problème de construction : cela traduit davantage un degré d'immixtion de l'Etat dans les activités économiques. Par ailleurs, certaines activités considérées en France comme bancaires ne le sont pas au regard du droit allemand. Ainsi en va-t-il de la gestion des moyens de paiement²². Dans le même esprit, le droit communautaire et le droit français n'ont pas exactement la même acception de ce qu'est un établissement de crédit. En effet, le premier est plus restrictif que le second, en ce qu'il faut recevoir des fonds du public et les mettre à disposition pour prétendre à cette qualification. Au regard du droit français, une seule de ces activités suffit. Au-delà de ces définitions, la complexité du monopole des établissements de crédit emprunte, à notre sens, au moins quatre directions.

6. Première manifestation : dualité de la notion de monopole. Nous avons rappelé que les établissements de crédit jouissent d'un monopole, qui leur est conféré par la loi bancaire. M. le Doyen Gérard CORNU les qualifie de « monopoles de droit ». Mais cet auteur propose aussi une autre définition de ce terme, qu'il qualifie de « monopole de fait »²³. Il écrit en effet qu'un monopole est « un régime de droit (monopole de droit) ou une situation de fait (monopole de fait) ayant pour objet ou pour résultat de soustraire à toute concurrence sur un marché donné une entreprise privée ou un organe ou établissement public ». Or, une banque ou un groupe de banques ne pourraient-ils pas se trouver en situation de monopole, sur un marché déterminé ? Cela nous semble possible, de telles situations pouvant naître d'ententes entre banques ou encore des fusions et plus généralement d'opérations de concentration qui ont affecté le secteur bancaire. S'interroger sur l'application spatiale de ces monopoles conduirait à l'étude des règles de droit de la concurrence, tant nationales²⁴ que communautaires²⁵ pour les appliquer au secteur bancaire. D'après la définition que nous avons rapportée plus haut, la seule dimension territoriale du monopole de fait peut résider dans la notion de « marché donné », encore dénommée « marché pertinent », qui s'apprécie « in re et in situ »²⁶. Il

²¹ Voir les paragraphes 32 et 37 de la loi dite « Kreditwesengesetz – KWG ».

²² Voir le paragraphe 1^{er} de la loi KWG.

²³ Voir CORNU (G.) *et alii*, Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT, Quadrige-Presses Universitaire de France, 2^{ème} éd. Paris, 2001, v° « monopole ».

²⁴ Voir l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; l'article 89 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, devenu l'article L.511-4 du code monétaire et financier.

²⁵ Voir les articles 85, 86, et 90-2 du traité de Rome.

²⁶ Voir CORNU (G.), *Op. cit.*, v° « pertinent (marché) ».

ne s'agirait donc plus, selon nous, de déterminer le champ d'application spatiale d'un texte, contrairement à ce que l'on fera pour les monopoles de droit. La démarche reviendrait plutôt à déterminer la simple portée spatiale de la notion de marché (notion de fait), laquelle pourrait asseoir une analyse du champ d'application territoriale des lois sur la concurrence en matière bancaire. Le sujet est donc, selon nous, tout autre. Nous ne nous aventurerons pas sur ce terrain, car nous pensons que le concept de champ d'application territoriale ne saurait concerner des situations de fait²⁷, mais seulement des normes. Par ailleurs, est-il opportun de faire cohabiter sous un même vocable (le monopole des établissements de crédit) deux réalités complètement différentes, à savoir d'une part le monopole que les textes confèrent aux établissements de crédit, et d'autre part les établissements de crédit en situation économique de monopole ? Nous ne le pensons pas, mais nous admettons bien volontiers l'intérêt que pourrait représenter l'étude de la composante géographique de la notion de marché. Par conséquent, il ne sera traité dans ce propos que de l'application territoriale des monopoles dits « de droit ».

7. Deuxième manifestation : extension possible de l'analyse. Certes, en matière d'opérations de banques telles que définies par la loi bancaire, le monopole est d'abord institué relativement aux établissements de crédit dûment agréés. Nous pourrions cependant aller plus loin : les prestataires de services d'investissements jouissent également d'un monopole, quant à des opérations définies par la loi du 2 juillet 1996, dite « loi de modernisation des activités financières » ou « M.A.F. », notamment en ses articles 4 et 5, devenus aujourd'hui les articles L.321-1 et L.321-2 du Code Monétaire et Financier. Ces opérations portent le nom de services d'investissements et de services connexes. Pour fournir régulièrement ce type de prestations, ils doivent, de la même façon et au préalable, être agréés par un organe administratif, sous peine de sanctions. Dès lors, notre étude portera aussi bien sur l'application territoriale du monopole bancaire que sur celle du monopole des prestataires de services d'investissements²⁸. D'autant que certains de ces services d'investissement peuvent également être fournis par les établissements de crédit. Il existe également, à propos des prestataires de services d'investissement, une autre obligation : celle dite « de concentration ». Elle est prévue par l'article 45 de la loi du 2 juillet 1996, lequel dispose que : « Les transactions sur un instrument financier admis aux négociations sur un marché réglementé, réalisées au profit d'un investisseur résidant habituellement ou établi en France, par un prestataire de services d'investissement agréé ou exerçant en France par voie de libre prestation de services ou de libre établissement, sont nulles si elles ne sont pas effectuées sur un marché réglementé d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ». Cette obligation ne constitue pas un monopole, car elle est mise en place dans le seul intérêt des marchés, et elle n'entraîne pas de privilège ni un quelconque avantage particulier à une certaine catégorie de personnes²⁹.

8. Troisième manifestation : pluralité d'ordres juridiques impliqués. La nature

²⁷ Voir *infra* n° 12.

²⁸ Voir BONNEAU (Th.), Monopole bancaire ..., précité, spécialement n° 5 *in fine*, et n° 18.

²⁹ *Ibidem*, spécialement n° 12.

complexe ou composite de ces monopoles se traduit non seulement dans leur définition ou par la diversité de leurs titulaires, mais elle prend encore une dimension particulière si l'on s'intéresse à l'analyse qu'en fait le droit bancaire de l'Union européenne, voire de l'Espace Économique Européen³⁰. En effet, la dernière directive concernant l'accès et l'exercice de l'activité bancaire, en date du 20 mars 2000³¹, et qui constitue une codification des précédentes directives régissant cette matière³², est motivée par un certain nombre de « considérants » dont la teneur mérite d'être rapportée. Aux termes de ces considérants, l'élimination des différences les plus marquées subsistant au sein des législations nationales est nécessaire pour faciliter l'accès et l'exercice de l'activité bancaire³³. Cependant, il n'y a pas, à proprement parler, d'unification de la règle de droit dans les États membres sur ces deux questions, dans la mesure où une place est laissée aux législations nationales³⁴. Il y a simplement une harmonisation dite « essentielle »³⁵, autrement dit minimale. Ceci laisse coexister deux approches, l'une interne et l'autre communautaire, du champ d'application territoriale des monopoles objets de l'étude. D'autant que certaines opérations, telles que le crédit différé³⁶, ne font pas l'objet d'une telle harmonisation, et sont donc simplement régies par les droits nationaux. A cet ensemble s'ajoute l'influence qu'exerce l'Organisation Mondiale du Commerce (O.M.C.), issue des accords de Marrakech du 14 avril 1994, mettant fin à l'Uruguay Round. Ce cycle de négociations, qui s'est déroulé de 1986 à 1994, a débouché, entre autres choses, sur la signature, en décembre 1997, de l'Accord Général sur le Commerce des Services (A.G.C.S.) encore appelé General Agreement on Tariffs and Services (G.A.T.S.). Cette influence a été décrite comme destinée à favoriser « un libre-échange total par l'abolition des droits de douane, l'abolition des barrières réglementaires et d'une façon plus générale la liberté du commerce et de l'industrie »³⁷. L'accord précité contient une annexe dédiée aux services financiers, qui a vocation à s'appliquer sur le territoire de tous les États qui sont parties contractantes à l'A.G.C.S..

³⁰ Encore que la distinction demeure, selon nous, assez marginale, puisque les dispositions applicables au sein de l'Union Européenne ont été, en majorité, étendues à l'Espace Économique Européen (E.E.E) par l'accord de Porto du 2 mai 1992 instituant cet espace, en son annexe IX.

³¹ Directive 2000/12 du 20 mars 2000, JOCE n° L 126, 26 mai 2000.

³² Le terme de « codification » implique, selon nous, une simple reprise des dispositions existantes, sans ajout. Voir directive 2000/12 précitée, premier considérant *in fine*.

³³ Directive précitée, 3^{ème} considérant.

³⁴ *Ibidem*, 5^{ème} et 6^{ème} considérant.

³⁵ *Ibidem*, 7^{ème} considérant.

³⁶ Une réflexion a cependant été menée pour parvenir à une meilleure cohérence du cadre législatif pour les services financiers, voir en ce sens la communication adoptée par la Commission des Communautés Européennes, COM CE n°66 du 7 février 2001.

³⁷ Voir VAUPLANE (H. de) et BORNET (J.P.), *Droit des marchés financiers*, Litec, 1998, page 1012.

9. Quatrième manifestation : pluralité d'opérations concernées. Après le caractère dual et composite de la définition du monopole, la diversité de ses bénéficiaires, et la pluralité des ordres juridiques concernés, il est un autre élément révélateur de la complexité du dispositif monopolistique institué au profit des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement. Il s'agit des opérations couvertes par cette mosaïque de monopoles. Il a été justement relevé par le Professeur Thierry BONNEAU³⁸ que d'une part, les établissements de crédit étaient investis d'un monopole de la prestation de services, en sus du monopole bancaire proprement dit ; et que d'autre part, le monopole financier était constitué du monopole de la prestation de services et du monopole de négociation et de cession des instruments financiers. Cet auteur a également fait observer³⁹ que les opérations de crédit, qui participent, comme la réception des fonds du public, à la définition des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement, ne font pas l'objet d'un monopole, au regard du droit communautaire : leur fourniture n'est subordonnée qu'à un agrément. Au contraire, ces mêmes opérations de crédit sont, sur le plan national, et avec la gestion des moyens de paiement, couvertes par le monopole bancaire⁴⁰. De telles disparités doivent d'ores et déjà être relevées, et mettent en exergue, si besoin était, l'intérêt d'une délimitation géographique des monopoles conférés aux établissements de crédit et aux prestataires de services d'investissement.

10. Le paradoxe : existence d'éléments communs. Il ne faudrait pas pour autant déduire de ces différentes observations l'absence de tout élément commun à ces monopoles, ce qui, par corollaire, ôterait toute homogénéité à nos travaux. Au contraire, il nous paraît possible de faire ressortir, de cette apparente hétérogénéité, des principes communs aux différents monopoles, ce qui justifiera pleinement une analyse homogène de notre part. En effet, comme l'a exposé M. le Professeur Thierry BONNEAU, « leur agencement est identique dans les principes qui y président »⁴¹. Ainsi, l'accès à ces activités est conditionné, au moins en partie, à l'obtention d'un agrément, à défaut duquel l'exercice de l'activité est purement et simplement interdit. La violation des exclusivités résultant de cet agrément est passible de sanctions. Enfin, les interdictions édictées sont toujours assorties d'exceptions. Par conséquent, il semble possible de faire des monopoles conférés aux établissements de crédit et aux prestataires de services d'investissement un objet unique et cohérent d'analyse, de par leur mécanique générale. Pour autant, même si la cohérence de l'objet de notre étude nous semble établie, il n'en est pas encore de même à propos de certaines notions, qui reviendront régulièrement tout au long de notre recherche. C'est pourquoi nous prolongerons notre réflexion par le tracé de quelques jalons, par le rappel ou la précision de quelques termes.

³⁸ Voir BONNEAU (Th.), Monopole bancaire... précité, section I et spécialement n° 8.

³⁹ *Ibidem*, n° 3.

⁴⁰ *Ibidem*, n° 4.

⁴¹ *Ibidem*, n° 5.

Précisions terminologiques

11. Propos liminaire. Pour périlleux et ardu qu'il soit, l'art subtil de la définition s'impose à tout juriste qui a pour dessein de mener une réflexion. Il lui est en effet nécessaire, avant que de débattre au fond, de clarifier les concepts qui soutiendront son analyse. Nous n'y échapperons donc pas. Nous n'avons nullement la prétention de réaliser une étude de concepts telle que pourraient en faire les spécialistes de linguistique juridique. Et nous avons, par ailleurs, pleinement conscience de la difficulté de définir de façon très stricte des notions au contenu parfois très voisin. Nous citerons à cet égard le rapport de synthèse rendu par Mme le Professeur Hélène GAUDEMET-TALLON, concluant un colloque consacré à l'internationalité : « lorsque le fleuve se jette dans la mer, on sait bien que le fleuve est distinct de la mer, mais on ne sait pas exactement où finit le fleuve et où commence la mer... L'internationalité, c'est un peu cette rencontre du fleuve et de la mer »⁴². Mais il ne paraît pas concevable de poursuivre nos développements sans apporter, au préalable, un certain nombre d'éclairages quant à des notions que nous utiliserons de façon récurrente. Ainsi, les concepts de champ d'application et de territorialité d'une norme, pierres angulaires de nos propos, devront être définis. Ensuite, des notions opposées à la territorialité – telles la personnalité d'une norme – ou voisines entre elles – telles que l'a-nationalité, l'internationalité, la transnationalité, devront être appréhendées.

12. Approche de la notion de champ d'application. Le champ d'application d'une norme a pu être défini comme le domaine d'application d'une loi. C'est-à-dire l'espace, les personnes ou les biens pour lesquels va être reconnue « pour une norme, la vocation à régir une situation, l'aptitude à gouverner celle-ci »⁴³. L'occasion nous est ici donnée de revenir sur notre décision de ne pas aborder, dans cette étude, la délimitation géographique des monopoles de fait⁴⁴. En effet, le concept de champ d'application permet de justifier ce choix à deux égards. D'une part, il concerne les seules normes, selon la définition rapportée. D'autre part, il s'agit d'une notion au contenu orienté par l'idée de « vocation à s'appliquer » aux situations, c'est-à-dire à les régir, les régler. Pour étayer cette affirmation, il convient de se reporter aux propos tenus par GOLDMAN⁴⁵, aux termes desquels le champ d'application territoriale d'une disposition doit s'entendre comme « son domaine d'application tel que voulu par l'État dont elle émane ». Il serait

⁴² Voir les actes du colloque de l'Université de TOULOUSE du 26 octobre 2001, l'internationalité, bilan et perspectives, *Revue LAMY de droit des affaires*, février 2002, p. 83, *in limine*.

⁴³ Voir CORNU (G.) *et alii*, *Op. cit.*, V° « application ».

⁴⁴ Voir *supra* n° 6.

⁴⁵ Voir GOLDMAN (B.), Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence, *R.C.A.D.I.*, 1969, volume 128, p. 641, § 4a, *in limine*.

peut-être permis d'entendre par là une sorte de territoire « revendiqué », toujours selon cet auteur ⁴⁶. D'autres termes, plus neutres, ne sont guidés, quant à eux, que par l'idée de quantification (portée spatiale, dimension territoriale) et concernent, à notre avis, les seules situations de fait. Une situation se déroule, se produit, dans une zone géographique identifiable, fût-elle virtuelle, mais elle ne saurait s'y appliquer. Ceci précisé, il faut ajouter que la notion de champ d'application se décline. En effet, l'appréhension du champ d'application d'un texte peut se concevoir en fonction de la matière (*ratione materiae*), dans le temps (*ratione temporis*), selon les personnes qu'il embrasse (*ratione personae*), et dans l'espace (*ratione loci*). En droit français, le champ d'application des lois est régi par les dispositions de l'article 3 du Code Civil, qui fonde l'une des *summa divisio* de notre droit civil, à savoir la distinction entre les lois dites personnelles, s'appliquant *ratione personae*, et les lois dites d'application territoriale ⁴⁷, donc dans un secteur géographique.

13. Approche des notions de champ d'application territoriale et de territorialité .

AUBRY regrettait la pauvreté du langage applicable au droit international privé ⁴⁸. Cela contraignait le théoricien du droit à faire appel à un petit nombre de termes très généraux, très vagues, pour leur donner une acception plus technique. Les termes « territorial » et « extraterritorial » sont de ceux-là. L'étude qu'il mena sur la notion de territorialité le conduisit à mettre en exergue un certain nombre d'ambiguïtés. Selon lui, en effet, ce terme recouvrait deux ensembles opposés de significations ⁴⁹, qu'il importe de ne pas confondre ⁵⁰. Plus récemment et plus simplement, la territorialité a été définie comme la « vocation d'un Droit à s'appliquer uniformément sur l'ensemble d'un territoire, sans acception de nationalité ni de confession » ⁵¹. La première ambiguïté à lever nous paraît être l'existence ou non d'une synonymie avec l'expression « champ d'application territoriale ». Cette dernière notion a déjà été partiellement appréhendée ⁵², mais il

⁴⁶ *Ibidem*, p. 642, *in limine*. Voir dans le même sens SERAGLINI (C.), *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, Paris, 2001, n° 747.

⁴⁷ Voir à ce sujet Jean Etienne Marie PORTALIS, exposé des motifs du titre préliminaire du Code Civil, *in* "Ecrits et discours juridiques et politiques", rassemblés sous la direction du Professeur Alain SERIAUX, collection des Publications du Centre de Philosophie du Droit, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, page 73 et pp. 73 à 75, *passim*, pour la distinction entre lois personnelles et lois réelles.

⁴⁸ Voir AUBRY (J.), De la notion de territorialité, en droit international privé, *Clunet* 1900, pp. 688 à 704, *Clunet* 1901, pp. 253 à 273, et pp. 643 à 671, *Clunet* 1902, pp. 209 à 243.

⁴⁹ *Ibidem*, *Clunet* 1900, pp. 692 et suivantes.

⁵⁰ *Ibidem*, *Clunet* 1901, pp. 254 et suivantes. Il considérait d'abord la territorialité entendue comme un fait à constater dans la position du conflit de lois, ou une règle de droit à formuler pour la solution du conflit. Le territoire à appréhender est, dans ce cas, le lieu de situation des éléments du litige. Ensuite, il percevait la territorialité d'une loi en fonction du territoire sur lequel s'élève le litige, le for.

⁵¹ CORNU (G.) *et alii*, *Op. cit.*, v° « territorialité ».

convient d'ajouter que le champ d'application territoriale⁵³ est l'espace géographique à l'intérieur duquel est reconnue la vocation d'une norme à régir des situations. Il nous semble opportun, à la lecture de ces deux définitions, de remarquer que la territorialité serait plutôt un concept, un principe fondamental du Droit qui conduit à l'application uniforme d'une norme dans un espace géographique. Quant au champ d'application territoriale, il s'apparenterait davantage à une donnée objective, résultat de la mise en œuvre du concept précédemment évoqué⁵⁴, c'est-à-dire la zone géographique elle-même. Démontrer qu'une norme s'applique territorialement (et non pas personnellement) doit, à notre sens, se distinguer de la mesure de l'espace géographique dans lequel le texte étudié a vocation à s'appliquer. Le second présupposerait donc, à notre sens, la démonstration préalable du premier. Pour la clarté de nos propos ultérieurs, il convient cependant d'être plus précis, quant à la signification de la territorialité. M. le Conseiller d'Etat Jean GROUX a mené une étude intéressante sur cette notion, pour l'appliquer de manière générale au droit communautaire. Son approche consiste à déceler quatre sens au terme de territorialité⁵⁵. Il établit en effet que la territorialité peut d'abord être entendue comme la qualification des normes juridiques dont l'application est déterminée par un élément qui tient à un lieu⁵⁶ (qu'il nomme normes matériellement territoriales). Cette définition exclut donc de son champ les normes dont la mise en œuvre est commandée par des éléments d'un autre type, tels que la nationalité. Il observe ensuite que la territorialité définit également l'espace dans lequel doit se situer le lieu caractéristique de l'élément dont dépend l'application de la norme matériellement territoriale. C'est cette deuxième acception que nous nommons « champ d'application territoriale »⁵⁷. En troisième lieu, la notion de territorialité évoque, selon M. GROUX, l'idée d'indépendance et de limitation dans l'espace des systèmes juridiques nationaux, ce qu'il assimile au territoire. C'est de cette approche que relèvent les problèmes relatifs à la gestion des disparités de législations nationales et à l'application d'une norme hors de sa sphère d'application. Enfin, M. GROUX évoque la question de la territorialité dite « formelle », c'est-à-dire que certaines lois de droit public ne peuvent être appliquées que par les autorités de l'Etat qui les a édictées. Mais il faut relever d'emblée que les autorités d'un Etat peuvent prêter leur concours à l'exécution de normes de droit public issues d'un autre Etat.

⁵² Voir *supra* n° 12.

⁵³ Pour une telle conception, voir CORNU (G.) *et alii*, *Op. cit.*, V° « application – champ d'application ».

⁵⁴ C'est à la suite d'un raisonnement similaire que certains ont pu qualifier la territorialité de critère. Voir LANGEMEIJER (G.E.), Le principe de territorialité, in *Le droit pénal international – Recueil d'études en hommage à Jacob Maarten VAN BEMMELEN*, éd. E.J. Brill, Leiden, 1965, pp. 17 à 37, spécialement page 22.

⁵⁵ Voir GROUX (J.), « Territorialité » et droit communautaire, *R.T.D.Eur.*, 1987, pp. 5 à 31.

⁵⁶ Il peut s'agir du lieu de résidence d'une personne, lieu d'exercice d'une activité, lieu de conclusion d'un acte, lieu de situation d'un bien, etc.

⁵⁷ Voir GROUX (J.), *Op. cit.*, pp. 15 à 23, qui propose également cette terminologie.

14. Notion de territoire. Le principe fondamental (territorialité), toutes ses déclinaisons et l'appréciation quantitative (le champ d'application territoriale) se rejoignent sur un point : la notion de territoire⁵⁸. Ce terme peut sans doute susciter la curiosité. En effet, le territoire coïncide-t-il systématiquement avec celui de l'État ? Une réponse négative nous semble pouvoir être avancée, pour deux raisons. La première raison est que les diverses définitions littérales du terme « territoire » font référence à « une étendue de terre qu'offre un État, une province, une ville, une juridiction, etc. »⁵⁹. Il est donc clair que la délimitation du territoire par les seules frontières étatiques ne paraît pas pertinente. Il suffit pour s'en convaincre de s'apercevoir du caractère non exhaustif de l'énumération contenue dans cette définition. De plus, ce dictionnaire ne connaissait sans doute pas, pour des raisons historiques, la notion d'espace économique intégré avancée bien plus tard⁶⁰, qui fait référence, notamment, à l'Union Européenne. Il en résulte que selon nous, la définition proposée par l'Académie Française pourrait être enrichie en ce sens. La seconde raison est que la définition juridique proposée par le Doyen CORNU, quant au terme « territoire », ne procède pas à cette assimilation stricte. Il distingue en effet « le territoire entendu comme élément constitutif de l'État dont il forme l'assise géographique et dont il détermine le champ d'exercice des compétences » d'autres acceptions de ce mot. Parmi ces autres acceptions, il remarque que le territoire peut aussi désigner « l'espace géographique dissocié de la surface terrestre dans lequel une autorité déterminée exerce sa compétence ». Et il cite, en exemple, les États membres d'une zone de libre échange, dont l'ensemble ne constitue plus, selon lui, qu'un seul territoire douanier⁶¹. Cela nous permet d'affirmer qu'une analyse strictement nationale de la territorialité des monopoles que nous nous proposons d'étudier ne serait pas suffisante, même si elle est nécessaire. Par ailleurs, nous serons conduits à montrer que le territoire n'est pas une notion fixe, car il peut évoluer au gré des annexions, par exemple, ou bien de la volonté de tel Etat de faire partie d'un espace économique intégré⁶². Ce constat n'est pas neutre quant à la détermination du champ d'application territoriale d'une norme.

15. Notion de personnalité ou d'application *ratione personae*. Le Doyen CORNU oppose radicalement, dans la définition rapportée plus haut, ce terme à celui de territorialité. De fait, il y a lieu d'en conclure que la norme d'application personnelle a

⁵⁸ Un auteur a pu écrire que le territoire désigne, en droit international, une dépendance de l'ordre géophysique du monde, placée sous le pouvoir de disposition et de contrainte d'un Etat. L'espace désigne, au contact des territoires, les dépendances géophysiques du monde qui échappent, par nature, à l'emprise de la souveraineté pour être ouvertes à l'accès et aux libertés d'usage de tous. Voir GEOUFFRE de la PRADELLE (P. de), *Notions de territoires et d'espace dans l'aménagement des rapports internationaux contemporains*, *R.C.A.D.I.*, 1977, IV, Vol. 157, pp. 415 à 484, spécialement page 427.

⁵⁹ Voir dictionnaire de l'Académie Française, édition de 1932-1935, V° « Territoire », disponible sur CD-ROM.

⁶⁰ Voir par exemple FALLON (M.), *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté Européenne*, *R.C.A.D.I.*, 1995, III, Volume 253, pp. 9 à 282.

⁶¹ Voir CORNU *et alii*, *Op. cit.* V° « territoire ».

⁶² Sous réserve que les Etats membres de l'espace économique intégré dont il s'agit manifestent leur accord.

vocation à régir des personnes, et ce indépendamment de leur situation géographique. A cet égard, il convient de rappeler les termes de l'article 3, alinéa 3 du Code Civil français. Il y est disposé que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Ce texte paraît a priori suffisamment limpide, et PORTALIS nous avait déjà éclairé sur l'interprétation qu'il convenait d'en faire : « les lois personnelles suivent la personne partout. Ainsi, la loi française, avec des yeux de mère, suit les Français jusque dans les régions les plus éloignées ; elle les suit jusqu'aux extrémités du globe »⁶³. Nous insistons sur cette opposition dans la mesure où l'appartenance d'une loi à l'un ou l'autre des deux systèmes de pensée que sont la territorialité ou la personnalité posera un problème de méthode. Le Droit étant « celui d'un peuple et non celui d'un territoire »⁶⁴, plusieurs législations pourront coexister dans un même espace géographique⁶⁵. Voilà qui est singulièrement différent de ce que nous avons rappelé précédemment, quant à l'application uniforme, sur un même espace géographique, d'une norme dite territoriale⁶⁶. Remarquons déjà que la notion d'espace géographique a été employée dans ces observations, et ne fait pas spécialement référence à l'État. Il nous paraît intéressant de le relever, dans la mesure où l'espace géographique peut, nous l'avons montré, embrasser d'autres espaces, tels les espaces économiques intégrés, regroupant eux-mêmes plusieurs nations. Ainsi devine-t-on déjà que selon le prisme utilisé, national ou communautaire, il y aura coexistence ou non de plusieurs législations sur un même espace. Cela ne sera pas sans conséquence sur notre étude.

16. Notion de nationalité. M. le Professeur Jacques PRÉVAULT⁶⁷ définit ce terme comme le « lien juridique et politique qui rattache un individu à un État souverain ». La définition paraît claire, mais il est intéressant de relever que celle de M. le Doyen Gérard CORNU va plus loin, et son approche nous paraît plus précise. Elle énonce en effet qu'il s'agirait du « lien juridique et politique, défini par la loi d'un État, unissant un individu audit État »⁶⁸. Le Professeur Michel VERWILGHEN, dans son cours général de droit international privé, retrace de belle manière l'évolution historique de la nature de ce lien juridique et politique : d'abord perçue comme l'allégeance de l'individu à son souverain, la nationalité a ensuite été assimilée à un élément du statut de la personne. Grecs et Romains de l'antiquité sont les précurseurs de cette seconde acception. En effet, en l'absence de souverain, la cité était l'entité politique de base. Actuellement, la distinction

⁶³ Voir Jean Étienne Marie PORTALIS, *op. et loc. cit.*

⁶⁴ Voir LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 6^{ème} éd., 1999, n° 83.

⁶⁵ Voir PRÉVAULT (J.), in *Lexique de termes juridiques*, Dalloz, 8^{ème} éd., 1990, V^{is} « Personnalité des lois », sous la direction de GUINCHARD (S.) et MONTAGNIER (G.).

⁶⁶ Voir *supra* n° 13.

⁶⁷ Voir PRÉVAULT (J.), *Op. cit.*, v° « Nationalité ».

⁶⁸ Voir CORNU (G.), *Op. cit.*, V° « Nationalité ».

est opérée entre la nationalité de fait et celle de droit⁶⁹. Cet auteur, dans sa tentative de proposer sa définition, ne s'écarte pas de celle du Doyen CORNU⁷⁰. Ces définitions intéressent notre propos en ce sens que nous effectuerons un comparatif entre ce que recouvrent la notion de nationalité et les autres notions étudiées. Et sur ce plan, il est possible de constater, dans les définitions rapportées ci-avant, que la nationalité traduit une forme de rattachement entre une personne et un État, collectivité constituée d'une population, d'un territoire et d'une autorité publique⁷¹. Cette notion se situe donc à la croisée des chemins que nous avons empruntés jusqu'ici, puisqu'elle est représentative d'une connexion entre une personne et, entre autres choses, un territoire. Il ne s'agit pas, aujourd'hui, de la seule modalité possible de ce que l'on appelle plus largement le rattachement, lequel peut servir à relier une situation juridique à une personne, un territoire, etc. Reste que le terme regroupe aussi bien une acception territoriale (le territoire est l'une des trois composantes de l'État) que personnelle (l'État contient, entre autre, une population). Mais il ne peut se confondre avec l'une ou à l'autre de ces notions de personnalité et de territorialité, car ces concepts diffèrent quant à leur objet. En effet, s'agissant des normes, la territorialité et la personnalité évoquent leur vocation à s'appliquer, respectivement *ratione loci* et *ratione personae*. S'agissant de la nationalité, au contraire, elle s'appliquera aux personnes (physiques ou morales), voire à des biens (nationalité d'un navire ou d'un aéronef)⁷², ou même à des normes, pour les relier à un État. La nationalité aurait pour but, selon nous, l'indication d'une provenance, et suppose l'existence d'États. À partir de cette notion, plusieurs autres en découlent, et doivent être précisées.

17. Notion d'internationalité. Si les précédentes notions ont pu, dans le passé, faire l'objet de débats, toute controverse à leur sujet semble aujourd'hui aplanie. Tout au moins tant que l'on ne s'intéresse qu'aux notions⁷³, et non à leur mise en œuvre⁷⁴. Mais, s'agissant de l'internationalité, les discussions sont plus vives, et également plus actuelles. Un très riche colloque, intervenu sur ce thème, est venu proposer, à la faveur des diverses interventions, plusieurs acceptions de ce terme. Nous en retiendrons deux essentielles à notre propos. L'une, qui a été le fruit de la réflexion de M. le Professeur Jean-Michel JACQUET, propose une définition de l'internationalité à partir des situations qui l'engendrent et des éléments qui la composent. Cet auteur voit dans cette notion un

⁶⁹ Sur cet historique, voir VERWILGHEN (M.), *Conflits de nationalité, pluri-nationalité, et apatridie*, R.C.A.D.I., 1999, Volume 277, pp. 48 à 74.

⁷⁰ *Ibidem*, page 72, § 47.

⁷¹ Voir CORNU (G.), *Op. cit.*, V° « Rattachement », et voir BELIARD (G.), RIQUIER (E.) et WANG (X-Y), *Glossaire de Droit International Privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992, *eod.* V°.

⁷² Voir CORNU (G.), *Op. cit.*, *eod.* V°, sens 3, *in fine*.

⁷³ Voir VERWILGHEN (M.), *op. et loc. cit.*

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 9 à 484.

flux, c'est-à-dire « la distribution des éléments de fait d'une situation entre plusieurs États »⁷⁵. L'autre acception, plus chère à M. le Professeur Paul LAGARDE, perçoit l'internationalité des situations comme un seuil, « à partir duquel se déclenche l'application à ces situations des normes internationales »⁷⁶. Les deux définitions ne s'intéressent pas à la même facette de ce que nous pourrions appeler le phénomène international. Tandis que la première s'intéresse aux situations et aux éléments qui le caractérisent, la seconde s'intéresse à ses conséquences normatives. Pour notre propos, les deux visions présentent un intérêt, en ce que l'application spatiale des monopoles bancaires et financiers sur le plan international peut aussi bien être influencée par les normes internationales – les accords du G.A.T.S. – que de situations internationales couvrant plusieurs Etats.

18. Notion de transnationalité. La définition de l'adjectif « transnational », proposée par M. le Doyen CORNU, indique que ce terme signifie « le franchissement d'une frontière ou (et) s'exerce par dessus les frontières indépendamment de l'action des États. ». Il poursuit en concluant à une synonymie entre le transnational et l'international. Pour préciser notre propos, nous partirons, pour aborder cette notion, de l'analyse qu'en a faite le Professeur François RIGAUX⁷⁷, reprise plus tard par M. Filali OSMAN⁷⁸. Selon ce dernier auteur, en effet, « la transnationalité d'une situation provient de ce qu'elle dépasse le cadre d'un seul ordre juridique étatique, et, partant, aucun d'entre eux n'est en mesure d'exercer sur elle une autorité effective. Il s'agit donc d'une situation objet d'une plurilocalisation ». Maître Jean ROBERT, quant à lui, affirme que « sémantiquement parlant, il y a transnationalisme dès lors qu'une situation juridique s'établit au delà d'un droit national unique, et peut en intéresser plusieurs »⁷⁹.

19. Notion d'a-nationalité. Selon M. OSMAN⁸⁰, dont les travaux se fondent sur ceux du Professeur François RIGAUX⁸¹, cette notion s'oppose radicalement à la précédente, « en ce qu'elle est totalement détachée de tout ordre juridique étatique (et

⁷⁵ Voir JACQUET (J.M.), Rapport introductif, in « L'internationalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 26 octobre 2001 organisé par l'université de Toulouse I », *Revue Lamy de Droit des affaires*, février 2002, supplément, pp. 5 à 10

⁷⁶ Voir LAGARDE (P.), L'internationalité du point de vue de l'ordre international, in « L'internationalité : bilan et perspectives... précité, *Op. cit.*, pp. 17 à 21.

⁷⁷ Voir RIGAUX (F.), Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, *R.C.A.D.I.*, 1989, t. 213, vol. 1, pp. 9 à 408, spécialement 45 à 48 et 337 à 340.

⁷⁸ Voir OSMAN (F.), Les principes généraux de la *lex mercatoria*, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, bibliothèque de droit privé, volume 224, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 9, note n° 3 *in limine*.

⁷⁹ Voir en ce sens ROBERT (J.), *Le phénomène transnational*, L.G.D.J./éditions de l'A.F.A., Association Française d'Arbitrage, Paris, 1988, page 3.

⁸⁰ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*

⁸¹ Voir RIGAUX (F.), *Op. cit.*, n° 180, p. 256.

également interétatique. En ce sens, le droit anational est aussi a-interétatique). ». Elle s'oppose par ailleurs, pour les mêmes motifs, au qualificatif « supranational ». En effet, ce dernier vocable désigne une institution internationale, regroupant plusieurs Etats, lesquels ont transféré une partie de leurs compétences aux organes de cette institution. De la sorte, l'institution supranationale se trouve dotée, en certaines matières, d'un pouvoir de décision qui s'exerce directement sur les Etats ou sur les ressortissants de ces Etats⁸².

Précisions méthodologiques

20. Délimitation de l'étude. Le moment semble venu de préciser quels chemins nous allons emprunter pour mener notre réflexion, et aussi les domaines que nous ne souhaitons pas explorer. Il est ainsi exclu de réfléchir sur des questions de compétence, même spatiales. M. le Professeur François RIGAUX, à l'argumentation duquel nous souscrivons, a montré que ces questions étaient un préalable indispensable à la résolution d'autres questions qui, comme celle qui nous préoccupe, procèdent de la détermination de la loi applicable⁸³. Il est vrai que pour qu'un juge puisse légitimement s'interroger sur la portée spatiale d'un texte, encore faut-il qu'il soit compétent, en l'occurrence *ratione loci*. Dans le cas contraire, il ne pourrait à aucun titre décider de l'application d'un texte, y compris dans l'espace. Nous partons donc du postulat que la question de la compétence est définitivement tranchée, et que le juge – ou l'autorité – saisi de la question du champ d'application territoriale des législations régissant les monopoles objets de nos propos est territorialement compétent. Par ailleurs, nous avons indiqué ne pas souhaiter étudier la question de l'appréhension spatiale des monopoles de fait. En effet, rappelons qu'une situation se déroule, presque passivement, fût-ce dans un espace géographique, et ne saurait être englobée sous le terme « application », lequel n'est adapté que pour les textes. En définitive, l'application requiert la reconnaissance à régir des situations⁸⁴. Il nous reste toutefois à préciser ce que contiendra notre réflexion. Après les exclusions précédentes, l'analyse du champ d'application territoriale des monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement nécessite d'aborder deux problèmes cruciaux.

21. Plan. Au travers de toutes les observations qui précèdent, il nous échoit d'analyser un dispositif juridique complexe, composé. Mais deux axes majeurs de réflexion semblent se détacher. Un premier groupe de questions concerne la notion même de champ d'application territoriale des monopoles professionnels que nous étudions. En effet, ces monopoles sont-ils d'application territoriale ou personnelle ? Sur

⁸² Voir CORNU *et alii*, *Op. cit.*, V° « supranational ».

⁸³ Voir, pour une affirmation de la subordination des conflits de lois aux conflits de juridictions, le cours général de droit international privé professé à l'Académie de Droit international de La Haye par le M. le Professeur RIGAUX (F.), *Op. cit.*, spécialement § 15, et les n° 98, 115, 170 et 261.

⁸⁴ Voir *supra* n° 6 et 12.

quels territoires s'appliquent-ils ? Ont-ils vocation à s'appliquer hors dudit territoire ? Nous tenterons, dans un premier temps, de le déterminer (PREMIERE PARTIE). Cela peut revenir, par une sorte de démarche chronologique, à adopter le point de vue du banquier ou du prestataire qui désire intervenir sur un marché qu'il ne connaît pas et qui découvre quelles règles il doit respecter ⁸⁵. Cela peut aussi intéresser le client insatisfait, ou simplement démarché, dans le cadre d'une contestation par exemple. Il pourra vérifier que le prestataire sort, dans l'exercice de ses activités, de l'univers des possibles au sens géographique de l'expression. Puis, un second type de questions est centré sur la mise en œuvre de ce champ d'application. Quels critères et quelles méthodes doivent être employés par les parties, l'autorité de régulation ou le juge compétent ? Quel est le devenir de ces méthodes ou de ces critères ? Ce second ensemble revient davantage à se placer du point de vue du cocontractant du prestataire – ou de la personne sollicitée par ses soins – qui souhaiterait contester ou vérifier la validité d'une opération (DEUXIEME PARTIE), et, le cas échéant, de la voir sanctionner. Elle peut également s'apparenter à adopter le point de vue du banquier qui exerce et veut s'assurer de la régularité des conventions qu'il propose ou qu'il conclue. C'est donc dire que concrètement, une phase relative à la délimitation du marché, l'univers des possibles, devra précéder celle qui traitera du développement de l'activité sur le marché considéré et géographiquement délimité. Aux fins de mener notre étude, nous proposons d'emprunter ces deux directions, présentation de la notion de champ d'application et mise en œuvre des monopoles bancaires et financiers, dans le strict prolongement de nos observations antérieures ⁸⁶. C'est donc avec la volonté de demeurer pragmatique que nous adopterons ce double point de vue : d'une part, celui de la conquête d'un marché dont il faut déterminer l'étendue géographique ; d'autre part celui du développement de l'activité sur le marché connu, confrontant alors le prestataire avec les usagers, profanes ou professionnels que sont les emprunteurs, les déposants, les investisseurs.

⁸⁵ Et ce indépendamment des questions relatives aux sanctions, y compris pénales et administratives. Ce domaine relève en effet de notre seconde partie.

⁸⁶ Voir *supra* n° 13.

Partie 1. L'ENTREE SUR LE MARCHÉ : LA NOTION DE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIALE DES MONOPOLES BANCAIRES ET FINANCIERS

22. Démarche. Se placer du point de vue de l'entrée sur un marché revient à adopter la vision d'un conquérant. Plus précisément, dès lors qu'il désire exercer – par implantation physique ou par le moyen de prestations à distance – sur un nouveau marché, le prestataire⁸⁷ va devoir tenir compte de l'application dans l'espace des dispositions qui réglementent son activité au sein du système normatif en vigueur sur le marché convoité. Les juristes spécialistes de droit international privé connaissent fort bien la pratique du law shopping. Pour mémoire, celle-ci consiste à s'établir, s'implanter, et plus généralement se placer sous l'empire d'une loi⁸⁸ dont les dispositions s'avèrent être moins contraignantes. Bien entendu, cette pratique résulte d'un choix, guidé par l'analyse des dispositions applicables. Or, l'exercice d'une activité par un prestataire dans un pays donné suppose l'existence d'un marché à conquérir. Il convient donc de relativiser la place du law shopping : il apparaîtrait a priori assez saugrenu, par exemple, qu'un banquier de détail

⁸⁷ En l'absence de toute précision expresse de notre part, ce terme recouvrira à la fois les établissements de crédit et les prestataires de services d'investissement.

français aille s'établir à l'étranger pour exercer sur le seul marché français, et ce dans le seul but de contourner une législation trop contraignante. Nous ne pouvons comparer toutes les législations qui traitent de l'exercice des activités bancaires et financières. Il sera seulement question, ici, d'envisager deux cas de figure. Le premier est celui du prestataire qui envisage d'exercer sur le territoire français, hors les cas d'implantation physique⁸⁹ (TITRE 1). Nous aurons l'occasion, lors de ces développements, de montrer que ce prestataire va découvrir un ensemble de règles particulières applicables à son activité. Cette application sera liée au territoire sur lequel l'opérateur a prévu de prester⁹⁰. Il s'agira pour nous de caractériser cet ensemble de textes, et nous verrons qu'ils sont tous d'application territoriale, et non pas personnelle. La question, pour ce prestataire, est de connaître avec précision quelles activités lui sont ouvertes sans agrément pour ne pas empiéter sur un dispositif monopolistique. C'est pour cela qu'il doit évaluer l'espace dans lequel s'applique le monopole bancaire ou financier. Ensuite, l'hypothèse du banquier ou prestataire initialement établi en France, et qui souhaite s'implanter ou exercer à

⁸⁸ C'est très exactement ce qui distingue le *law shopping* de la notion voisine de *forum shopping*. Laquelle consiste, rappelons-le, en « l'attitude d'une personne impliquée dans un litige international qui saisit le tribunal de tel ou tel pays non pas parce qu'il s'agit du tribunal le mieux placé pour connaître du litige, mais uniquement parce que celui-ci, en application de ses règles de conflit de lois, appliquera la loi qui mènera au résultat le plus avantageux pour cette personne ». Voir en ce sens Livre vert de la Commission des communautés européennes sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, Document COM. (2002), 654 final du 14 janvier 2003, glossaire, V° « *Forum shopping* ». Il faut préciser ici qu'aucun des manuels ou des traités de droit international privé que nous avons consultés ne traite spécifiquement du *law shopping*, mais systématiquement du *forum shopping*. Les différents dictionnaires utilisés font également cette impasse. A cet égard, voir CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, Quadrige, P.U.F., Paris, 2001, V^{is} « *forum shopping* » ; et voir BELIARD (G.), RIQUIER (E.) et WANG (X.Y.), *Glossaire de Droit International Privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992, V° « for ». Le glossaire joint au Livre vert de la Commission ne fait pas non plus mention du *law shopping*. Cependant, la doctrine n'est pas muette et se réfère à cette appellation. Ainsi, sur l'emploi de cette terminologie de *law shopping*, voir d'une manière générale DUFOUR (O.), *Gare au law shopping*, P.A., 19 novembre 2003, n° 231, pp. 3 à 4 ; CUTAJAR (C.), *De l'E.U.R.L. à la S.A.S.U. ou du big bang à la transfiguration du concept de société par l'unipersonnalité*, P.A., 15 septembre 2000, n° 185, pp. 48 à 54, spécialement page 48 ; DOM (J.P.), note sous C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros Ltd c./ Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Aff. C-212/97, *Bull. Joly*, 1999, pp. 705 à 712 ; CRÔNE (R.), note sous même arrêt, *Defrénois*, 1999, pp. 1314 à 1315. Plus particulièrement pour notre étude, voir GOURIO (A.), *Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe*, R.D.B.F., 2003, dossier, pp. 128 à 147, spécialement page 128 ; voir également BUSSIERE (F.), *Chronique de gestion collective*, *Banque et droit*, 2003, n° 90, pp. 51 et 52. Sur la notion de *forum shopping*, l'on consultera VAREILLES-SOMMIERES (P. de), *Le forum shopping*, T.C.F.D.I.P., 1998-2000, pp. 49 et suivantes.

⁹⁰ Ce terme est, selon une définition rapportée par l'atelier de traitement informatique de la langue française (atilf) : « *un verbe transitif, régional (Belgique), signifiant fournir une prestation, un travail* ». Voir en ce sens le site de cet atelier, et plus précisément, pour la définition de ce terme et les références bibliographiques qui y sont attachées, <http://atilf.atilf.fr/Dendien/scripts/tlfiv4/appart.exe?59;s=4261542915;?b=0>. Voir également pour des apparitions plus anciennes de ce terme de « prester » dans des dictionnaires papier DAVAU (M.) et COHEN (M.), *Dictionnaire du français vivant*, Bordas, Paris, 1972 ; ou encore DOPPAGNE (A.), *Les régionalismes du français*, Paris-Gembloux, Duculot, 1978, page 65. La doctrine juridique belge emploie effectivement ce terme de manière plus courante que ne le fait la doctrine française. Pour alléger notre propos, il nous paraît judicieux de recourir au terme « prester », dans la définition rapportée à la présente note, plutôt que d'utiliser une formulation moins concise.

l'étranger, sera étudiée (TITRE 2). Ces comportements semblent strictement similaires, sur le plan factuel. Seuls les Etats d'origine et de destination sont inversés. Cependant, ils soulèvent des questions juridiques distinctes. Le développement d'une activité sans siège, succursale ni filiale sur le sol français invite à l'étude et à l'affirmation de la territorialité⁹¹ des dispositions applicables dans l'ordre juridique français. Inversement, étudier l'exercice à l'étranger – avec ou sans implantation physique – par un prestataire établi en France nous conduit à mettre en exergue l'extraterritorialité⁹², encore dénommée territorialité par prolongement, des dispositions françaises qui concernent les monopoles professionnels analysés. En d'autres termes, il s'agit de savoir si la législation française « s'exporte »... Par ailleurs, ces questions peuvent être étendues, s'agissant aussi bien de la mesure de la territorialité que de celle de l'extraterritorialité, aux dispositions communautaires qui intéressent tous les prestataires exerçant à l'intérieur de l'Union européenne, voire de l'Espace économique européen. La distinction entre ces deux perspectives ne s'arrête pas là. En effet, la prestation sur le sol français peut soulever la question de la prise en compte par les autorités françaises de la loi étrangère, si le prestataire exerçait à

⁸⁹ En effet, dans ces hypothèses – qui ne recouvrent pas celles de l'implantation d'un bureau de représentation, mais seulement l'implantation physique de filiales ou de succursales – l'agrément du C.E.C.E.I. pour les établissements de crédit ou de l'Autorité des Marchés Financiers (A.M.F.) pour les prestataires de services d'investissement doit systématiquement être sollicité. Voir en ce sens l'article fondateur de STOUFFLET (J.), Succursales et filiales de sociétés étrangères, in *Festschrift für Hermann JARRHEIB, zum 80 Geburtstag, 19 August 1974, Herausgeben vom Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität zu Köln*, Carl Heymanns Verlag KG – Köln – Berlin – Bonn – München, 1974, pp. 297 à 312, spécialement pp. 299 et 300, et surtout pp. 302 à 304. L'auteur y indique clairement que : « *Il est à peine nécessaire de mentionner, tant l'exigence est naturelle, que les personnes physiques ou morales étrangères doivent pour exploiter un établissement en France, satisfaire aux conditions posées par le droit français pour l'exercice de l'activité dont il s'agit* ». Certes, après s'être posé cette même question quant aux succursales, il ajoute à leur propos qu'il se peut que la loi étrangère soit prise en considération. Mais cet auteur a tout récemment exposé que : « *La création en France d'une succursale d'un établissement de crédit ayant son siège à l'étranger est également subordonnée à un agrément* [sous-entendu en France, c'est nous qui précisons] ». Selon cet éminent auteur, la justification provient du fait que « *L'article 48 de la loi du 25 janvier 1999 a ajouté à l'article 17 de la loi bancaire un alinéa 3 précisant que l'administration centrale de tout établissement de crédit soumis à un agrément en France doit être située sur le même territoire national que son siège statutaire* ». Voir à ce sujet GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), par STOUFFLET (J.), *Droit bancaire. Institutions – comptes – opérations – services*, 5^{ème} éd., Manuels Juris-classeur, Litec, Paris, 2002, n° 61 à 63. Dans le même sens, voir CARREAU (D.), *Juriscl. Europe*, Fasc. 1020, Banques – Introduction, Portée *ratione personae* du droit bancaire communautaire, Accès à l'activité bancaire, n° 93 et 94. Ce second auteur indique en effet que « *l'agrément d'une entreprise communautaire est obligatoire à chaque fois qu'il s'agit de la création d'une personne morale nouvelle* ». cela veut dire que chaque fois qu'un établissement de crédit ayant son siège hors d'un Etat membre de l'Espace Economique Européen souhaite s'implanter en France, il faudra distinguer selon que cette implantation se fait par la voie d'une filiale ou d'une succursale. Dans le premier cas, l'agrément des autorités françaises sera nécessaire. Dans le second cas, l'auteur indique que l'Etat d'accueil pourra, ou non, soumettre les succursales à l'agrément. Mais ce point de vue tient uniquement compte des dispositions communautaires. Visiblement, la France a opté, sur ce point, pour une approche stricte, et non pas permissive.

⁹¹ Pour l'affirmation de ce caractère territorial du monopole bancaire, voir GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), par STOUFFLET (J.), *Droit bancaire. Institutions – comptes – opérations – services*, 5^{ème} éd., Manuels Juris-classeur, Litec, Paris, 2002, n° 46.

⁹² Cette notion est plus large que celle de personnalité. Nous établirons qu'elle peut recouvrir bien d'autres aspects, bien que certaines anciennes doctrines aient pu contribuer à entretenir une certaine confusion en la matière.

l'étranger préalablement à toute activité développée en France. A l'opposé, l'implantation ou la prestation à l'étranger pose la question du rôle limitatif ou non des dispositions de police locales. Il y a donc lieu de considérer séparément ces deux perspectives.

Titre 1. La prestation sur le territoire français : recherche d'une pluriterritorialité des monopoles bancaires et financiers

23. Plan. Le prestataire va découvrir, s'il veut ouvrir un bureau de représentation ou exercer sur notre territoire, un ensemble de règles qui institue un certain nombre de monopoles professionnels. Pour connaître le comportement qu'il devra adopter préalablement à tout exercice de son activité sur notre territoire, il lui est nécessaire de dresser un état des lieux des dispositions applicables à sa profession, son statut professionnel sur le marché convoité, et – surtout – les activités qu'il lui sera possible d'exercer sans agrément, avec agrément, avec simple information. Devra-t-il solliciter un agrément, adresser une simple information, ou s'abstenir de toute communication aux autorités compétentes ? Plus précisément, quelles dispositions régiront l'exercice de son activité sur le territoire français, et à quel titre ? Concrètement, le problème se pose pour les entreprises non agréées pour exercer sur le sol français⁹³, et qui ne disposent sur ce territoire d'aucune implantation physique. Ces entreprises peuvent-elles, malgré ce défaut d'agrément, exercer certaines activités en France ? La question peut également concerner l'exercice d'activités en France par tout autre moyen qu'un bureau de représentation par un prestataire initialement non implanté en France. Ainsi, une structure allemande agréée par les autorités allemandes pourra-t-elle exercer toutes les activités reconnues par le droit français ? A titre d'exemple, il faut préciser que la gestion des moyens de paiements, constitutive d'une activité bancaire au sens du droit français⁹⁴, n'est pas considérée comme telle par la législation allemande⁹⁵. Si la structure allemande peut, avec son agrément allemand, exercer en France une activité de gestion des moyens de paiements, cela signifiera qu'une activité bancaire française pourra être exercée avec un titre allemand qui ne la couvre pas, par définition. Nous nous attacherons à le vérifier, mais en précisant que les dispositions régissant l'exercice des activités bancaires ou financières émanent de plusieurs ordres juridiques. Cela conduit à ce que

⁹³ C'est-à-dire que l'entreprise n'a pas obtenu l'agrément nécessaire à l'exercice de son activité, tant de la part des autorités françaises que des autorités des pays de l'E.E.E.

⁹⁴ Voir l'article L.311-1 du Code Monétaire et Financier, qui dispose que : « *Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement* ».

⁹⁵ Voir l'article 1^{er} de la loi allemande relative à l'organisation de la profession bancaire (Gesetz über das kreditwesen - KWG) du 11 juillet 1985 modifiée. La version traduite en français de ce texte peut être consultée in VARII AUCTORES, *Le droit des affaires dans les pays de la C.E.E.*, Allemagne, Volume Banque et bourse, collection Jupiter, E.J.A. – L.G.D.J., fasc. 11 VII 85.

les monopoles bancaires et financiers, qui concernent certaines activités, et tels qu'ils existent en France, intéressent plusieurs champs géographiques. Il y a cependant lieu de préciser que ces différents textes ne se superposent pas. Ils n'ont tout simplement pas les mêmes destinataires. La loi s'adresse en priorité aux opérateurs, à leurs clients et aux autorités de tutelle. La directive, quant à elle, est destinée aux Etats et aux particuliers. Les textes émanant de l'O.M.C. et les accords bilatéraux ou multilatéraux à respecter par les parties signataires, à savoir les Etats. Partant de ce constat, l'entreprise étrangère qui voudra prêter en France sera confrontée à plusieurs types de dispositions, mettant en œuvre les monopoles bancaires et financiers. Elle devra respecter la loi, mais sous influence des directives et des accords internationaux. Nous appellerons cette double démarche la « pluriterritorialité » des monopoles étudiés. Ce phénomène – singulier – produit certaines conséquences, et l'ensemble devra être analysé. En effet, comprendre pourquoi l'analyse du champ d'application territoriale nécessite d'appréhender plusieurs zones est une chose (chapitre 1) ; mesurer la portée de cette pluralité en est une autre. Nous établirons que la « pluriterritorialité » des monopoles professionnels étudiés aura pour conséquences de rendre plus difficile la perception du champ géographique dans lequel le banquier ou le prestataire pourront exercer leur activité du fait de leur implantation en France. C'est pour répondre à cette question qu'il nous semble nécessaire d'aborder les conséquences de cette pluriterritorialité (chapitre 2).

Chapitre 1. La justification de la pluriterritorialité

24. Une cause unique : la pluralité d'ordres juridiques auteurs des normes pertinentes. La pluralité de territoires d'application des monopoles que nous entendons mettre en exergue s'explique d'une seule manière, qui dépend d'un phénomène que nous avons eu l'occasion de souligner lors de nos propos introductifs. Nous avons en effet signalé que plusieurs ordres juridiques étaient impliqués, ce qui rend complexe l'objet de notre étude. Or, l'ordre juridique, dans une définition rapide, est « relativement à une entité (Etat, groupe d'Etats, etc.) l'ensemble des règles de Droit qui la gouvernent »⁹⁶. Mais d'autres définitions ont été avancées sur ce thème⁹⁷. M. le Professeur Charles LEBEN nous indique, dans une définition volontairement générale, que l'on appelle ordre juridique « l'ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine »⁹⁸. Ces éléments regroupent les règles de droit elles-mêmes, et les institutions chargées de les appliquer et de les interpréter, en d'autres termes les faire vivre. Nous nous intéresserons cependant aux seuls textes. En effet, étudier les diverses autorités

⁹⁶ Voir CORNU *et alii*, *Op. cit.* V^{is} « Ordre juridique ».

⁹⁷ Nous n'oublions pas les contributions de Kelsen, Bobbio, Hart, Dworkin, Montesquieu, Santi Romano à l'élaboration difficile du concept d'ordre juridique. Approfondir ce propos nous éloignerait par trop de notre sujet principal. Nous rappellerons simplement que les théories normativistes (Kelsen, Bobbio, Hart) ont été contestées par les théories institutionnelles (Santi Romano). Sur la notion d'ordre juridique, voir *Varii auctores, Droits*, 2001, n° 33, *Ordre juridique* ?

⁹⁸ LEBEN (C.), De quelques doctrines de l'ordre juridique, *in* revue *Droits* précitée, page 20.

compétentes pour appliquer les monopoles bancaires et financiers ne résout pas une question relative au champ d'application territoriale d'une disposition, mais revient à trancher une question de compétence territoriale. L'on pourrait se demander si ces autorités n'interfèrent pas dans l'application territoriale du monopole lui-même, et ce tant par l'interprétation des textes que par le prononcé de sanctions. Nous observerons qu'il ne s'agirait pas là d'une justification, mais d'une simple interférence, c'est pourquoi nous n'aborderons pas ce type de questions dans le présent développement.

25. Objectifs de la recherche. Il n'est pas ici question d'opérer une simple collecte des dispositions applicables aux monopoles bancaires et financiers. En effet, une telle entreprise s'avérerait trop fastidieuse et descriptive, et elle ne présenterait de surcroît guère d'intérêt. Nous tenterons plutôt de déterminer la portée ratione loci que les rédacteurs des textes étudiés ont entendu leur conférer. Pour cela, il nous échoit de rechercher la nature – territoriale et absolument pas personnelle – des limites à l'intérieur desquelles ces textes étudiés auront vocation à intervenir. Ce n'est qu'ensuite que nous pourrons dégager la portée pratique de l'application territoriale. En effet, faire l'économie d'une recherche des fondements du principe de l'application territoriale reviendrait à mesurer un phénomène dont l'existence même pourrait être contestée. Cependant, pour que les astronomes devinssent capables de mesurer la vitesse de rotation et de révolution des planètes du système solaire, il fallut que Galilée et Copernic établissent, erga omnes, l'existence des principes de rotation et de révolution. Cela condamnait du même coup d'autres principes séculaires, à savoir la conception aristotélicienne du géocentrisme. Il nous a également semblé essentiel de recenser les fondements de l'application territoriale des textes soumis à notre étude, du fait de leur variété, et aussi parce qu'à notre sens, certains auteurs, dans leurs tentatives d'expliquer pourquoi les monopoles bancaires et financiers ne s'appliquent que territorialement, ont proposé des justifications qui méritent d'être approfondies⁹⁹. Il nous semblerait donc dommage de nous abstenir d'une telle étude – bien que nous ne prétendions pas à l'exhaustivité – et nous aurons pour dessein de formuler un certain nombre de propositions de justifications. Par ailleurs, il sera opportun de rechercher si les textes intéressant les monopoles bancaires et financiers définissent expressément leur champ d'application spatiale, ou bien si, au contraire, ils restent muets sur cette question. La méthode n'est pas nouvelle, mais elle présente un intérêt certain. Elle permet d'apprécier le rôle de la jurisprudence, ainsi que la marge de manœuvre dont disposent les autorités chargées d'interpréter le texte à appliquer. Qui plus est, les conclusions que nous pourrons formuler, lorsque nous analyserons les difficultés du dispositif, seront guidées par les résultats de cette seconde recherche. En effet, les textes précisant leur champ d'application soulèvent des difficultés d'interprétation du texte lui-même. En revanche, un texte ne précisant pas son champ d'application, territorial ou personnel, renvoie forcément à d'autres sources pour pallier cette lacune. Au total, les normes géographiquement conditionnées pourraient encourir deux types de griefs. Le premier proviendrait de l'imprécision des termes, le second découlerait de l'interprétation qui en serait faite par les juridictions ou les autorités de

⁹⁹ Voir GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.) *Droit bancaire. Institutions – comptes – opérations – services*, 4ème éd., Litec, Paris, 1999, n° 46 *in fine* ; et voir PELTIER (F.) et FERNANDEZ-BOLLO (E.), *Juriscl. Banque et crédit*, Structures, réglementation et contrôle public des professions bancaires – structures et conditions d'accès, Fasc. 50, n° 18.

régulation. A l'inverse, les normes qui ne mentionnent rien quant à leur application géographique seraient plutôt susceptibles d'être qualifiées de lacunaires. Et la justification de leur application spatiale peut résulter de textes généraux – en France, il est recouru à l'article 3 du Code Civil – et/ou à l'interprétation des juridictions du fond et du droit. Ce constat nous paraît de nature à conditionner les réponses que nous tenterons d'apporter aux difficultés inhérentes au dispositif actuel.

26. Caractéristiques du dispositif actuel. Dans la préface d'un ouvrage consacré à la réglementation bancaire¹⁰⁰, M. Jean-Claude TRICHET, Gouverneur de la Banque de France, affirmait que cet ouvrage était « publié à point nommé, au moment où l'attention française et internationale se porte sur les systèmes bancaires, sur leur stabilité, sur la prévention des difficultés, sur la protection de la clientèle, sur les règles comptables, sur la meilleure organisation possible de la profession bancaire ». Il ajoutait également que « dans toutes les économies et dans tous les pays, la profession bancaire est reconnue comme étant digne d'une attention toute particulière parce que jouant un rôle décisif dans la bonne marche de l'économie toute entière ». Il relevait encore « un mouvement d'internationalisation de la réglementation bancaire et financière ». Le premier mérite de cette préface est de mettre en exergue un point crucial pour la suite de nos développements : l'activité bancaire fait l'objet d'une attention. Le second mérite est de relever que cette attention provient des institutions nationales et internationales. Il convient cependant de préciser ce propos, en ce sens que l'activité bancaire et financière fait également l'objet de toute l'attention des institutions émanant des espaces économiques intégrés. Dès lors, pour mener nos recherches dans l'esprit que nous avons défini précédemment¹⁰¹, nous étudierons tour à tour les sources françaises, celles émanant d'espaces économiques intégrés, au rang desquelles nous réserverons une place particulière à celles issues de l'Union Européenne, et nous traiterons enfin des dispositions internationales. Cela signifie que pour chaque type de sources, nous nous efforcerons d'étudier la nature des limitations de son application (spatiale ou personnelle), et le caractère exprès ou non des dispositions qu'elles contiennent quant à ce champ d'application.

Section 1. Les justifications françaises de l'application territoriale : solutions mitigées et mécanismes archaïques.

27. Caractères des sources françaises. Les lois réglementant les monopoles bancaire et financier s'appliquent d'abord sur un certain territoire. Nous tenterons d'établir pourquoi, au travers de la recherche des éléments révélateurs de cette application territoriale. De plus, elles doivent être analysées à l'aune de l'article 3 du code civil, disposition régissant, en général, l'application de la loi dans l'espace. Nous en tirerons un certain nombre de constats, dont l'influence ne sera pas neutre, non seulement concernant la mesure du champ d'application géographique, mais aussi – nous y reviendrons dans notre seconde partie – lorsqu'il s'agira de mettre en œuvre la théorie de la localisation.

¹⁰⁰ Voir CASSOU (P.H.), *La réglementation bancaire*, collection Banque et Stratégie, S.É.F.I., 1997, page V.

¹⁰¹ Voir *supra* paragraphe 25.

§ - 1. Recherche des éléments révélateurs de l'application territoriale

28. Dualité des modalités de l'application territoriale. Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer les imperfections et les ambiguïtés que pouvaient receler les notions d'application territoriale et de territorialité des lois¹⁰². Il convient désormais de rechercher, au sein même des dispositions françaises régissant les monopoles bancaires et financiers, quels sont les signes révélateurs de cette vocation à s'appliquer sur un territoire. Nous établirons qu'ils sont au nombre de deux, le second palliant, à notre sens, les lacunes du premier. Il y a d'abord lieu de rechercher quelle portée, spatiale ou personnelle, le législateur a entendu conférer aux textes intéressant notre matière, et dans quelle mesure il y est parvenu. Et c'est parce que la volonté et les réalisations du législateur n'apportent pas suffisamment de réponses, qu'il nous faudra ensuite faire appel à un mécanisme classique – bien qu'incomplet¹⁰³ – de droit international privé français, à savoir l'article 3 du code civil. Ce texte constitue (hormis les conventions internationales ou les normes supranationales ou transnationales dont il sera traité, le cas échéant, en temps utile), en droit français, le siège de notre droit international privé, en ce qu'il propose un certain nombre de solutions quant à l'application spatiale des lois.

A) Recherche des intentions et des réalisations du législateur

29. Plan. Pour déterminer la nature de la portée, territoriale ou personnelle, que le législateur a entendu conférer aux textes étudiés, nous procéderons en deux temps. D'abord, nous procéderons à l'analyse des travaux préparatoires de ces textes (1). Puis nous rechercherons, dans la loi bancaire comme dans la loi de Modernisation des Activités financières et, éventuellement, d'autres lois pouvant intéresser les monopoles professionnels et leur application dans l'espace, les dispositions expresses qui fixent directement le territoire à l'intérieur duquel ces textes s'appliquent (2). En somme, nous étudierons d'abord les intentions, puis leur éventuelle traduction par les textes. Nous aurions pu procéder de la manière inverse. Mais à la réflexion, il nous est apparu plus aisé de commencer notre recherche par la mise en exergue des intentions originelles des législateurs de 1984 et de 1996, avant d'en venir aux textes eux-mêmes. Sur ce second plan, nous tenterons de tenir compte des nombreuses modifications opérées par les législateurs successifs.

1) Les contradictions et les silences des travaux préparatoires

a La loi bancaire

30. Loi bancaire – genèse des travaux préparatoires. Les débats parlementaires préalables à la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 comportent bien peu de mentions relatives

¹⁰² Voir nos développements *supra* n° 13.

¹⁰³ Voir sur ce point LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, 7^{ème} éd., Précis Dalloz, 2001, n° 127, page 127.

à son application dans l'espace. De surcroît, elles semblent contradictoires. Pour rappeler la genèse de ce texte, le projet de loi, annoncé dès le mois de juillet 1981 par le Premier Ministre Pierre MAUROY¹⁰⁴, ne fut déposé au Sénat que le 7 juillet 1983¹⁰⁵. Après un rapport du Sénateur Yves DURAND¹⁰⁶, et un avis du Sénateur Etienne DAILLY au nom de la commission des lois¹⁰⁷, il fut discuté au Sénat les 3 et 4 novembre 1983¹⁰⁸. Le projet adopté par le Sénat¹⁰⁹ fut transmis à l'Assemblée Nationale. Sur la base d'un rapport présenté par le Député Raymond DOUYÈRE au nom de la commission des finances¹¹⁰, il fut discuté les 7 et 8 décembre 1983¹¹¹. Le projet modifié par l'Assemblée¹¹² fit l'objet d'un examen en commission mixte paritaire, sur la base des rapports d'Yves DURAND pour le Sénat¹¹³ et de Raymond DOUYÈRE pour l'Assemblée Nationale¹¹⁴; et il fut discuté et adopté le 20 décembre de la même année par les deux chambres¹¹⁵. La loi a été déférée le 23 décembre au Conseil constitutionnel, et déclarée conforme à la Constitution par une décision en date du 19 janvier 1984.

31. Loi bancaire – dispositions générales des travaux préparatoires. Bien entendu, compte tenu de l'importance de son objet, une abondante doctrine a analysé ce texte soit lors de sa préparation, soit au lendemain de sa promulgation¹¹⁶. Pourtant, la dimension territoriale est presque passée inaperçue dans la doctrine¹¹⁷, tout comme dans les travaux préparatoires. L'exposé des motifs du projet de loi est, à cet égard, très

¹⁰⁴ Voir la déclaration de politique générale de Pierre MAUROY, Assemblée Nationale, Séance du 8 juillet 1981, J.O. A.N. page 52.

¹⁰⁵ Soit après une « gestation » de deux ans. Voir le projet de loi présenté par M. Jacques DELORS, J.O. Sénat, n° 486 (1983-1984).

¹⁰⁶ Voir rapport DURAND, *in* J.O. Sénat (1983-1984).

¹⁰⁷ Voir l'avis du Sénateur DAILLY au J.O. Sénat, n° 42 (1983-1984).

¹⁰⁸ Voir ces discussions au J.O. Sénat, débats, année 1983-1984, n°69 du 4 novembre 1983, pp. 2555 à 2603, et n° 70 du 5 novembre 1983, pp. 2612 à 2662.

¹⁰⁹ J.O. A.N. n° 1781 (1983-1984).

¹¹⁰ J.O. A.N. n° 1846 (1983-1984).

¹¹¹ Voir ces discussions au J.O. A.N., débats, année 1983-1984, n°110 du 8 décembre 1983, pp. 6105 à 6166, et n° 111 du 9 décembre 1983, pp. 6173 à 6228.

¹¹² J.O. Sénat n° 122 (1983-1984).

¹¹³ J.O. Sénat n° 123 (1983-1984).

¹¹⁴ J.O. A.N. n° 1878 (1983-1984).

¹¹⁵ J.O. Sénat, débats, année 1983-1984, n° 103 du 21 décembre 1983, pp. 4429 à 4438 ; et J.O. A.N. débats, année 1983-1984, n° 121 du 21 décembre 1983, pp. 6841 à 6850.

représentatif. Bien qu'il débute en constatant l'internationalisation de l'activité bancaire¹¹⁸, cet exposé n'en tire aucune conséquence quant à l'application de la future loi *ratione loci*. Jacques DELORS, lorsqu'il évoque le champ d'application du texte, précise que les établissements de crédit sont définis, dans ce projet de loi, « à partir de leur fonction : la réalisation d'opérations de banques, c'est-à-dire la réception de fonds du public, les opérations de crédit ainsi que l'émission et la gestion des moyens de paiement. » Il n'est nullement question, dans la détermination du champ d'application du texte, d'en préciser l'application géographique, y compris, par conséquent, l'application spatiale des monopoles professionnels qu'il instaure. A ce propos, il nous semble même que la réforme de 1984 visait au premier chef les banques « nationales », ce qui ne laisse pas d'attirer notre attention concernant la nature des limites à l'intérieur desquelles ce texte doit s'appliquer. En effet, doit-on déduire de l'emploi des termes « banques nationales »¹¹⁹ l'impossibilité d'appliquer ce texte aux banques étrangères exerçant sur le territoire français ? Nous verrons ultérieurement qu'il n'en est rien, mais cette rédaction pourrait susciter quelques doutes. M. DELORS poursuit dans une direction radicalement opposée, lorsqu'il aborde la question l'institutionnalisation de la solidarité de place entre banques. En effet, selon lui, le projet de loi mettait en place une solidarité « entre tous les établissements de crédit exerçant en France, vis-à-vis du bon fonctionnement du système bancaire et de la préservation du renom de la place à l'étranger. » Un critère de localisation est donc proposé, mais sur un aspect particulier du texte, c'est-à-dire la portée spatiale de la solidarité de place seulement¹²⁰. Qu'en conclure, si l'on rapproche ce propos de celui visant les seules banques nationales ? A la vérité, l'examen attentif des travaux préparatoires de la loi précitée laisse le lecteur sur sa faim. En effet, le texte visait à réformer un système jugé comme obsolète par la majorité en place¹²¹, et surtout la

¹¹⁶ Sans prétendre à l'exhaustivité, Voir DUPRAT (J.P.), *Entrée en vigueur de la loi bancaire*, J.C.P. éd. E., 1984, II, 13622, pp. 70 à 77 ; CABRILLAC (M.) et TEYSSIE (B.), *Chronique de législation et de jurisprudence française*, R.T.D.Com., 1984, pp. 307 à 313, et R.T.D.Com., 1986, pp. 274 à 275 ; BOUZAT (P.), *Chronique de législation et de jurisprudence française*, R.T.D.Com., 1985, pp. 189 à 192 ; JUVIGNY (F. de), *La nouvelle loi bancaire : ses aspects institutionnels*, Banque, 1985, pp. 275 à 279 ; RIVES-LANGE (J.L.) et OHL (D.), *Monopole bancaire et liberté : la loi du 24/01/1984 permet-elle d'effectuer des opérations de banque sans être établissement de crédit ?*, Banque, 1984, pp. 439 et s ; CRÉDOT (F.J.), *La nouvelle loi bancaire : commentaire de la loi n° 84-46 du 24 juillet 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*, A.L.D., 1984, pp. 65 et s ; GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), *Le projet de loi bancaire réformant les législations de 1941 et 1945*, P.A., 1983, n° 129, pp. 6 à 27 ; La loi du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, P.A., 1984, n° 60, pp. 5 et s ; La loi bancaire du 24 janvier 1984, J.C.P. éd. G., 1985, I, 3176.

¹¹⁷ Exception faite des articles de CABRILLAC (M.) et TEYSSIE (B.), *Chronique... précitée*, R.T.D.Com., 1984, page 312, et de GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), *Le projet de loi bancaire... précité*, pp. 6 et 26.

¹¹⁸ Voir en ce sens le Projet de loi n° 486 (1982-1983), présenté par Jacques DELORS, page 2 *in limine*.

¹¹⁹ *Ibidem*, page 3 *in fine*.

¹²⁰ *Ibidem*, page 12.

¹²¹ *Ibidem* page 5.

seconde directive dite de coordination bancaire, dont nous étudierons les dispositions ¹²², n'était pas encore adoptée. Il n'est donc pas, à notre avis, absolument certain que les ministres et les parlementaires aient eu pleinement conscience, à cette époque, de l'importance d'intégrer dans leurs discussions la dimension internationale qu'avait déjà prise l'activité bancaire. En effet, la seule disposition générale expresse qui fait référence à l'application de l'ensemble du texte dans l'espace est considérée par les parlementaires comme une clause de style. La disposition dont il s'agit est l'article 101 de la loi bancaire, initialement l'article 87 du projet de loi. Les observations relatives à ce texte sont sibyllines ¹²³, voire inexistantes, tout au long des discussions parlementaires. Seule la Commission des finances, de l'économie générale, et du plan, dans le rapport DOUYÈRE ¹²⁴, assimile cet article à une simple disposition traditionnelle, et indique qu'il a été adopté sans modification. Cette attitude nous permet de formuler deux observations. La première est que, d'une manière générale, le législateur français n'intègre pas, au cours de ses réflexions, la portée internationale des textes qu'il élabore. La seconde est que nous percevons un manque cruel de cohérence. Puisqu'une tendance à l'internationalisation avait été perçue, il eût été judicieux d'en discuter en assemblée : une occasion a peut-être été perdue. Et ce d'autant que le Sénat avait été sensibilisé à l'internationalisation de l'activité bancaire par un autre document que le projet de loi originel. Le premier rapport DURAND analyse très bien la tendance ¹²⁵, ainsi que les traductions de cette évolution sur le terrain. Ce document étant à la disposition des deux chambres, on peut s'étonner que cette facette de l'activité bancaire soit quasiment passée sous silence lors des discussions.

32. Loi bancaire – dispositions particulières des travaux préparatoires. La première de ces dispositions est l'article 9 du projet de loi. Adopté sans discussion par les deux chambres, ce texte se trouve en l'état dans la loi bancaire. Il dispose que : « lorsque des établissements de crédit ayant leur siège social à l'étranger ouvrent des bureaux ayant une activité d'information, de liaison ou de représentation, l'ouverture de ces bureaux doit être préalablement notifiée au Comité des établissements de crédit visés à l'article 26. Ces bureaux peuvent faire état de la dénomination ou de la raison sociale de l'établissement de crédit qu'ils représentent. » Une procédure simplifiée est donc prévue pour les bureaux dont l'activité n'est pas de prêter. Lors des discussions intervenues à l'Assemblée Nationale en première lecture, une question de M. Gilbert GANTIER mit en exergue la nécessité d'une réciprocité pour que l'implantation des bureaux de représentation français à l'étranger ne soit pas entravée par des législations étrangères

¹²² Voir nos développements *infra* n° 105.

¹²³ M. le Sénateur Yves DURAND, dans son premier rapport, exprime sur cet article une position très claire puisqu'il affirme que la disposition dont il s'agit est traditionnelle, et qu'il ne convient pas de formuler quelque observation que ce soit. Voir rapport DURAND, n° 40 (1983-1984) précité, page 236.

¹²⁴ Voir le Rapport DOUYÈRE n° 1846, page 222.

¹²⁵ Voir le rapport DURAND précité. Les références à l'internationalisation de l'activité bancaire sont très nombreuses et très fournies, exemples chiffrés à l'appui. Voir par exemple l'exposé général pp. 7, 14 à 18.

plus contraignantes que cet article ¹²⁶. Des explications, relatives à cet article, figurent au rapport DOUYÈRE précité ¹²⁷. Rien n'est dit sur la délimitation spatiale que le législateur a entendu conférer à ce texte : seul est expliqué l'intérêt de prévoir une procédure simplifiée pour des bureaux de représentation. Une seconde disposition, nettement plus débattue, intéresse notre propos. Il s'agit de l'article 15 du projet de loi, qui fixe les conditions que doivent respecter les établissements de crédit, en matière de capital social. L'alinéa 3 de ce texte portait, dans sa version originelle, que : « les succursales ou agences d'établissements de crédit dont le siège social est à l'étranger sont tenues de justifier d'une dotation employée en France d'un montant au moins égal au capital minimum exigé des établissements de crédit de droit français. » Là encore, le Rapport DOUYÈRE indique ¹²⁸, et cela ressort également du texte, que le capital exigé pour les établissements de crédit français et la dotation employée en France par les succursales ou agences des établissements dont le siège social est à l'étranger sont identiques. Ainsi donc, la situation des banques exerçant en France est la même, concernant la dotation nécessaire en capital, et ce sans égard de leur nationalité. Il en découle qu'au regard de nos observations relatives aux notions de territorialité et de personnalité ¹²⁹, il apparaît que la législation dont il s'agit a vocation à s'appliquer uniformément sur le territoire français, indépendamment de toute condition de nationalité (ou de confession). En effet, la condition pour que cet article s'applique à l'établissement de crédit est relative à l'implantation sur le sol français (siège social, ou succursale). Le texte a donc, a priori, bel et bien vocation à s'appliquer territorialement. Et l'intention du législateur était bien celle-là, semble-t-il, car lors de la discussion par la commission des finances, de l'économie générale et du plan, la volonté de ne pas désavantager les banques françaises par rapport aux établissements de crédit étrangers avait été formulée ¹³⁰.

b La loi de Modernisation des Activités Financières (loi M.A.F.)

33. Loi M.A.F. – La genèse des travaux préparatoires. A l'instar de ce que nous avons réalisé pour la loi bancaire, nous rappellerons brièvement la genèse de ce texte. Elle s'articule comme suit. Pendant la législature 1995-1996, un projet de loi n° 157 fut déposé au Sénat par Jean ARTHUIS, alors ministre de l'économie et des finances ¹³¹. Ce projet fut suivi d'un rapport n° 254 (1995-1996) de M. le Sénateur Philippe MARINI, ainsi que d'un avis, n° 264, de la commission des lois, présenté par M. le Sénateur Charles JOLIBOIS. Soumis à discussion les 13 et 14 mars 1996, et adopté par le Sénat le 14 mars 1996, le projet fut ensuite transmis à l'Assemblée Nationale. Il fit l'objet d'un rapport n° 2692 de M. le Député Jean-Jacques JEGOU, au nom de la commission des finances. Ce

¹²⁶ Voir J.O., débats, A.N., 7 décembre 1983, page 6152.

¹²⁷ Voir Rapport DOUYÈRE précité, page 42.

¹²⁸ *Ibidem*, page 63.

¹²⁹ Voir nos développements *supra* n° 13 et n° 15.

¹³⁰ *Ibidem*, page 64.

projet fut discuté les 16 et 17 avril 1996, et adopté par l'Assemblée Nationale le 17 avril. Transmis au Sénat pour une seconde lecture, le projet ainsi modifié, numéroté 318, fit l'objet d'un second rapport de Philippe MARINI, au nom de la commission des finances (n° 326), avec avis de la commission des lois, exprimé dans un rapport présenté par M. Charles JOLIBOIS (n° 335). Le Sénat discuta et adopta ce projet le 2 mai 1996, et le transmit à l'Assemblée Nationale sous le numéro 2756. Il fit l'objet d'un nouveau rapport n° 2800 de M. Jean-Jacques JEGOU, et fut discuté et adopté le 29 mai 1996 par l'Assemblée Nationale, en seconde lecture. Le projet issu de cette navette, n° 393, fit l'objet d'un nouveau rapport de Philippe MARINI, au nom de la commission mixte paritaire, n° 419 et fut discuté et adopté le 18 juin 1996. A l'Assemblée Nationale, un rapport de M. Jean-Jacques JEGOU, au nom de la commission mixte paritaire, n° 2874 précéda la discussion et le vote du 21 juin 1996.

34. Loi M.A.F. – contexte des travaux préparatoires. Ainsi que nous le laissons entendre précédemment, le contexte dans lequel la loi M.A.F. a été discutée et adoptée s'avère être radicalement différent de celui dans lequel la loi bancaire a été débattue et promulguée. A cet égard, l'exposé des motifs du projet de loi n° 157 apparaît très éclairant. En effet, dès les premières lignes, le ton est donné : il est immédiatement fait référence à la directive du 10 mai 1993, dite D.S.I. ou directive sur les services d'investissement, le projet de loi en discussion aboutissant tout simplement à sa transposition en droit interne. Par ailleurs, ce projet visait dès l'origine à mettre en place une organisation de la prestation de services d'investissement à partir de France, permettant aux établissements qui y sont établis de tirer le meilleur parti du « passeport européen »¹³². Ce constat nous permet d'affirmer que dès le début des réflexions et des discussions relatives à la loi M.A.F., il était nécessaire de prendre en compte les activités financières internationales, transfrontalières, ou tout au moins communautaires. Au reste, le projet précité apparaît suffisamment clair lorsqu'il affirme sans ambages que : « le dispositif proposé par le projet a pour ambition de favoriser l'ancrage en France des activités financières »¹³³. Un autre élément qui nous permet d'affirmer que la dimension transfrontalière des activités financières a bien été, ab initio, considérée comme un élément déterminant tient au fait que le projet de loi contenait dès l'origine un titre relatif aux conditions de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement en matière de services d'investissement. Enfin, l'exposé des motifs nous permet d'ores et déjà d'affirmer que le législateur avait l'intention d'appliquer territorialement la loi en discussion. En effet, il fait référence à la prestation de services d'investissement à partir de France,

¹³¹ Il est à noter qu'un groupe de travail avait déjà été constitué par le Sénat en janvier 1994, lequel avait remis un rapport d'information en juillet 1994, sous la houlette de Philippe MARINI, intitulé « *la mise en place du marché unique des services financiers. La transposition en droit français de la directive sur les services d'investissement* ». Voir Rapport Sénat n° 578 (1993-1994). Par la suite, une proposition de loi avait été déposée par Philippe MARINI, au mois de février 1995. Mais le Gouvernement a tout de même élaboré un projet de loi, lequel a été discuté et adopté après de longues discussions, ce que le Sénateur précité n'a pas manqué de relever.

¹³² Voir le projet de loi présenté par M. Jean ARTHUIS, n° 157, (1995-1996), page 2.

¹³³ *Ibidem*, op. et loc. cit.

par des établissements qui y sont établis. Il n'est donc pas à priori question, ici, de nationalité des prestataires, mais bien d'implantation physique¹³⁴.

35. Loi M.A.F. – dispositions générales des travaux préparatoires. La loi M.A.F. se situe dans une perspective de transposition de la D.S.I.. Dans la version définitive de cette loi, l'on ne retrouve pas de disposition générale traitant de son application géographique, contrairement à ce que nous avons relevé à l'article 101 de la loi bancaire. Les travaux préparatoires ne contiennent pas davantage de référence à de telles dispositions. Cela tient au fait que le mécanisme de transposition, comme nous le verrons ultérieurement, invite à réfléchir autrement sur l'application territoriale de la loi en discussion. Il existe malgré tout un titre IV, consacré à la liberté d'établissement et de prestation de services au sein de l'Union européenne. Une première lecture nous permet d'étayer le principe d'application territoriale de la loi M.A.F.. En effet, l'article 45 du projet de loi donnait un certain nombre de définitions, notamment celles des « autorités compétentes », de « l'Etat d'origine », « l'Etat d'accueil », des « succursales », des « opérations réalisées en libre prestation de service ». De manière systématique, il n'est pas fait référence à la nationalité des établissements de crédit ou des prestataires de services d'investissement. C'est plutôt à leur implantation physique – siège social, direction effective, succursale – ou qu'elle se caractérise simplement par l'exercice de l'activité professionnelle – libre prestation de services. Nous reviendrons sur l'ensemble de ces dispositions, qui se retrouvent par ailleurs, grosso modo, dans la rédaction définitive de la loi M.A.F. à l'exception du chapitre II de ce titre IV, lorsque nous étudierons le phénomène d'acculturation que constitue la transposition en droit interne des directives communautaires. C'est donc, après l'exposé des motifs, dans des dispositions spécifiques que l'on peut déceler l'intention du législateur d'appliquer territorialement le texte, plutôt qu'en fonction des critères personnels.

36. Loi M.A.F. – dispositions particulières des travaux préparatoires. Il est à noter que dans sa version originelle, le projet de loi n° 157, en son article 4-II, prévoyait que : « Est puni de 3 ans d'emprisonnement et de 2 500 000 francs d'amende¹³⁵ le fait pour toute personne physique : 1° - de fournir des services d'investissement à des tiers à titre de profession habituelle sans y avoir été autorisé dans les conditions prévues à l'article 9 de la présente loi ; 2° - d'effectuer des négociations ou des cessions sur le territoire national et portant sur des instruments financiers admis aux négociations sur un marché réglementé, sans disposer de la qualité d'entreprise d'investissement ou d'établissement de crédit autorisé à fournir des services d'investissement [...] ». Suivait un ensemble de sanctions pénales complémentaires visant aussi bien la personne physique que la personne morale. Ce texte permet d'appréhender quelque peu l'intention originelle du législateur. En effet, la circonstance permettant l'application des sanctions pénales rappelées ci-avant se trouve être l'exercice sur le territoire national de certaines opérations que sont les négociations ou les cessions d'instruments financiers. De la sorte, l'on peut se faire une idée de ce qu'il faut entendre par la loi du lieu de l'exercice de l'activité professionnelle¹³⁶. La commission des finances, suivie en cela par la

¹³⁴ *Ibidem*, Op. cit., page 2 in fine.

¹³⁵ Aujourd'hui, le montant de l'amende est de 375 000 euros.

commission des lois¹³⁷, a souhaité que les sanctions pénales soient transférées dans un titre spécifique¹³⁸, et elle a conclu à l'annulation de l'ensemble des dispositions de cet article. Ses souhaits ont été exaucés puisque l'amendement n° 6, tendant à la suppression de l'ensemble de l'article 4 du projet de loi, a été adopté¹³⁹. A coté de cet article 4, le projet de loi précité contenait, originellement, des articles 23 et 24 dont il est intéressant de rapporter la teneur. L'article 23 alinéa I du projet de loi disposait que : « les négociations et les cessions réalisées sur le territoire de la France métropolitaine et des départements d'Outre-mer et portant sur des instruments financiers admis aux négociations sur un marché réglementé ne peuvent effectués, à peine de nullité, que par une entreprise d'investissement ou par un établissement de crédit qui fournit des services d'investissements ». Dans le même esprit, l'article 24 dudit projet disposait que : « lorsque les transactions sur instruments financiers répondent aux caractéristiques ci-après : - l'instrument financier concerné est négocié sur un marché réglementé visé à l'article 21 de la présente loi ; - l'investisseur réside habituellement ou est établi sur le territoire de la France métropolitaine et des départements d'Outre-mer ; - l'entreprise d'investissement ou l'établissement de crédit autorisé à fournir des services d'investissement effectue la transaction soit par l'intermédiaire d'un établissement principal ou d'une succursale située sur le territoire de la France métropolitaine et des départements d'Outre-mer, soit dans le cadre de la libre prestation de service ; elles ne sont régulières que si elles sont effectuées sur un marché réglementé d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ». Après lecture de l'article 23, il est possible de déduire la volonté du législateur d'appliquer territorialement le texte en discussion. En effet, là encore, la circonstance qui provoque l'application du texte est l'exercice en France de certaines opérations. L'application de la disposition ne tient donc absolument pas à la nationalité des établissements de crédit que la législation vise à régir. Quant à l'article 24, le critère de la résidence vise simplement l'investisseur et non pas le prestataire de services d'investissement ou l'établissement de crédit. En effet, s'agissant de ce dernier, c'est encore le lieu d'implantation physique – établissement principal ou succursale situé sur le territoire de la France métropolitaine et des départements d'Outre-mer – qui conditionne l'application du texte. On le voit, par ailleurs, le mécanisme de la transposition a un impact particulier dans la mesure où le cas de la libre prestation de service est envisagé comme une circonstance distincte. Concernant la loi M.A.F., tout comme la loi bancaire, il est possible de déduire de l'ensemble de ces travaux préparatoires la volonté du législateur d'appliquer territorialement le texte en discussion.

c La loi portant Mesures Urgentes de Réforme à Caractère Economique et Financier (M.U.R.C.E.F.)

¹³⁶ Voir en ce sens projet de loi n° 157 précité, pp. 12, article 4 – II – 2°.

¹³⁷ Voir Rapport JOLIBOIS, n° 264 (1995-1996), page 21 à 24.

¹³⁸ Voir en ce sens rapport de Philippe MARINI, n° 254 (1995-1996) page 74.

¹³⁹ J.O. Sénat, débats, 13 mars 1996, page 1252 et 1253.

37. Genèse des travaux préparatoires. Un projet de loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, n° 2990, fut déposé à l'Assemblée Nationale le 18 avril 2001 (urgence déclarée)¹⁴⁰. Après examen en commission des finances¹⁴¹, un rapport, n° 3028, fut établi par Mme Nicole BRICQ¹⁴². Après discussion en séance publique le 2 mai 2001¹⁴³, le projet n° 665 fut adopté à cette même date et transmis au Sénat¹⁴⁴. Ce projet fit l'objet d'un rapport de Philippe MARINI au nom de la commission des finances¹⁴⁵, ainsi que d'un avis de M. Gérard LARCHER au nom de la commission des affaires économiques¹⁴⁶, et d'un avis de M. Pierre JARLIER au nom de la commission des lois¹⁴⁷. Discuté les 5, 6 et 7 juin, il fut adopté à cette dernière date. Le projet de loi ainsi modifié par le Sénat¹⁴⁸, et désormais baptisé projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, numéroté 3119, fit l'objet d'un rapport de Mme BRICQ pour l'Assemblée Nationale et de Philippe MARINI pour le Sénat¹⁴⁹, pour être examiné par une commission mixte paritaire. Devant l'échec de cette commission, ce texte revint pour une seconde lecture devant l'Assemblée Nationale. Ce projet fut examiné en commission des finances, sous la houlette de Mme Nicole BRICQ¹⁵⁰. Après discussion, le projet de loi fut adopté par l'Assemblée en deuxième lecture le 28 juin 2001 et fut rebaptisé MURCEF, sous le numéro TA 702. Puis, ce projet fut de nouveau communiqué au Sénat, sous le numéro 425 (2000-2001), et fit l'objet d'un rapport de Philippe MARINI au nom de la commission des finances¹⁵¹. Le Sénat discuta

¹⁴⁰ Ce document est disponible à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nat.fr/projets/pl2990.asp>.

¹⁴¹ Pour les discussions de cette commission, voir : concernant l'examen du projet de loi, la réunion du mercredi 25 avril 2001, <http://www.assemblee-nat.fr/cr-cfiab/00-01/c0001046.asp>, et concernant l'examen des amendements (art. 88), la réunion du mercredi 2 mai 2001, <http://www.assemblee-nat.fr/cr-cfiab/00-01/c0001047.asp>.

¹⁴² Voir <http://www.assemblee-nat.fr/rapports/r3028.asp>.

¹⁴³ Ces discussions sont disponibles aux adresses Internet suivantes : <http://www.assemblee-nat.fr/cra/2000-2001/2001050215.asp>, et <http://www.assemblee-nat.fr/cra/2000-2001/2001050221.asp>.

¹⁴⁴ Voir ce document à l'adresse : <http://www.assemblee-nat.fr/ta/ta0665.asp>, ou également projet de loi n° 301 (2000-2001), à l'adresse <http://www.senat.fr/leg/pj100-301.html>.

¹⁴⁵ Voir rapport MARINI, n°336 (2000-2001) à l'adresse <http://www.senat.fr/rap/100-336/100-336.html>.

¹⁴⁶ Voir avis LARCHER n° 337 (2000-2001), à l'adresse <http://www.senat.fr/rap/a00-337/a00-337.html>.

¹⁴⁷ Voir avis JARLIER n° 338 (2000-2001)

¹⁴⁸ Voir le document disponible à l'adresse <http://www.assemblee-nat.fr/projets/pl3119.asp>.

¹⁴⁹ Voir ce rapport BRICQ (Assemblée Nationale n° 3165) et MARINI (Sénat, n° 3398 (2000-2001), à l'adresse <http://www.assemblee-nat.fr/rapports/r3165.asp>.

¹⁵⁰ Voir rapport BRICQ, disponible à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nat.fr/rapports/r3196.asp>.

et adopta ce projet le 10 octobre 2001¹⁵². L'Assemblée Nationale prit communication de ce nouveau projet. Après un examen en commission des finances et une discussion en séance publique, le projet de loi fut adopté le 20 novembre 2001 avec sa dénomination originelle de M.U.R.C.E.F. sous le numéro TA 722. Après décision du Conseil Constitutionnel, la loi M.U.R.C.E.F. n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (J.O. du 12 décembre 2001) fut promulguée. Si nous avons pris le soin de détailler la genèse des discussions et péripéties relatives à cette loi, c'est afin de permettre au lecteur d'appréhender le contexte difficile dans lequel les débats se sont déroulés. Et ce contexte va influencer aussi bien sur la qualité du travail législatif que sur les possibilités d'interprétation offertes à l'analyse des dispositions de cette loi.

38. Dispositions générales des travaux préparatoires. Il n'est pas possible de déceler de réelle intention générale du législateur quant à l'application dans l'espace de la loi M.U.R.C.E.F., car ce texte a fait l'objet d'une véritable guerre de tranchées entre l'Assemblée Nationale et le Sénat. Qui plus est, le caractère hétérogène, voire hétéroclite du contenu de cette loi ôte quasiment tout intérêt à une telle recherche. En effet, à titre d'exemple, le titre premier traite des marchés publics, de l'ingénierie publique et des commandes publiques ; le titre second, quant à lui, traite de l'amélioration des relations entre les banques et leur clientèle. C'est donc dans les dispositions particulières des travaux préparatoires que nous concentrerons nos efforts.

39. Dispositions particulières des travaux préparatoires. C'est dans les dispositions diverses, contenues dans le titre V du projet de loi, qu'il nous faut rechercher la présence de dispositions susceptibles d'intéresser notre propos. A cet égard, l'article 14 du projet de loi n° 2990 visait à apporter certaines modifications au code monétaire et financier, dans la perspective d'un marché financier européen unifié. Les modifications proposées initialement intéressent la question de l'admission à la chambre de compensation. C'est beaucoup plus tard, au cours des travaux préparatoires, qu'une disposition sera intégrée au projet, et va toucher directement notre étude. En effet, c'est après la première discussion au Sénat qu'a été inséré dans le texte adopté n° 3119, à la faveur d'un amendement déposé par MM. Joël BOURDIN et Simon LOUECKHOTE, un article 16¹⁵³, qui dispose que : « [...] Il – la caisse d'épargne et de prévoyance de Nouvelle-Calédonie est un établissement de crédit réputé agréé en qualité de banque par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, et peut exercer toutes les opérations de banque dans le cadre prévu par les articles L.511-9 et suivants du Code monétaire et financier. Elle est affiliée de plein droit à la Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance... ». Il semble opportun de rechercher les conditions de la rédaction de cette disposition. A cet égard, les discussions relatives à

¹⁵¹ Voir rapport MARINI, JO Sénat, n° 3 (2001-2002), et <http://www.senat.fr/rap/I01-003/I01-003.html>.

¹⁵² Voir projet de loi modifié par le Sénat en nouvelle lecture, portant diverses disposition d'ordre économique et financier, n° 3331, <http://www.assemblee-nat.fr/projets/pl3331.asp>.

¹⁵³ Cette disposition était numérotée 16 (nouveau) dans le texte définitif, version provisoire, adopté par l'Assemblée Nationale. Voir ce document sur le site de l'Assemblée Nationale à l'adresse <http://www.assemblee-nat.fr/ta-pdf/ta0722-2.pdf>. En revanche, dans la « petite loi », cet article est numéroté 30. Voir ce dernier document à l'adresse <http://www.assemblee-nat.fr/ta/ta0722.asp>.

cet article ¹⁵⁴ mettent en évidence que cette disposition a été insérée pour pallier le caractère incomplet d'une loi précédente. En effet, le statut des Caisses d'Epargne avait été remanié par l'intermédiaire d'une loi n° 99-532 du 25 juin 1999, dite loi sur l'épargne ¹⁵⁵. Mais cette loi ne s'appliquait pas aux départements d'Outre-mer. Cela entraînait, du même coup, une situation incertaine pour la Caisse d'Epargne de Nouvelle-Calédonie, notamment quant à son agrément bancaire. L'article 16 du projet de loi visait donc à aligner le statut juridique de l'établissement précité sur celui du réseau métropolitain des Caisses d'Epargne. L'analyse de ces discussions montre, à l'évidence, deux phénomènes. Le premier est que le législateur est décidément souvent contraint de revenir sur le contenu de lois relativement récentes ¹⁵⁶. Le second phénomène est que, comme en 1984, la dimension territoriale n'avait pas été réellement réfléchie lors de l'élaboration de la loi sur l'épargne. Ces éléments mettent en exergue des carences dans le travail législatif, des incertitudes quant à la volonté du législateur, lesquelles auront sans doute des conséquences dans la qualité de ses réalisations.

2) Les dispositions expresses : état des réalisations du législateur.

a La loi bancaire

40. Dispositions générales de la loi bancaire. Initialement, la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, dite loi bancaire, renfermait une disposition d'ordre général, l'article 101 que nous avons évoqué plus haut, aux termes duquel « la présente loi est applicable dans les Territoires d'Outre-mer et dans la collectivité territoriale de Mayotte. » Ce texte a eu une curieuse destinée. L'article 12 de la loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 relative à l'Outre-mer ¹⁵⁷ l'a notamment modifié. Puis, par le jeu de la codification à « droit constant », il fut transféré au sein d'un titre VII du code monétaire et financier, consacré au régime de l'Outre-Mer. En elle-même, cette opération ne devrait pas modifier la teneur des textes. Mais à y regarder de plus près, plusieurs modifications sont perceptibles ¹⁵⁸. En effet, l'article 101 a été transféré, par ce moyen, à quelques 57 articles. Un tel chiffre se justifie par le fait que le titre VII dont il s'agit suit scrupuleusement le plan du code monétaire et financier. Dès lors, les articles contenus dans le titre VII procèdent par renvoi aux dispositions qu'ils concernent. Ainsi, le texte dont il s'agit est désormais rédigé comme suit, et constitue, entre autres, l'article L.735-1 du code monétaire et financier : « Le chapitre Ier du titre Ier du livre V est applicable à Mayotte, à l'exception des articles L.

¹⁵⁴ Voir le compte rendu intégral de ces discussions du 6 juin 2001, que l'on peut consulter à l'adresse <http://www.senat.fr/seances/s200106/s20010606/sc20010606/html>.

¹⁵⁵ Pour une analyse de cette loi, et pour une affirmation d'un objet très large, là encore, voir BONNEAU (Th.), De quelques apports de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière au droit régissant le secteur financier, *J.C.P. éd. E.*, 1999, p.1378, *in limine*.

¹⁵⁶ Un précédent a déjà eu lieu avec cette même loi M.U.R.C.E.F., qui revenait sur des dispositions adoptées un an plus tôt dans la loi sur les Nouvelles Régulations Economiques.

¹⁵⁷ Cette loi a été publiée au J.O.R.F. du 9 juillet 1996.

511-12, L. 511-21 à L. 511-28 et L. 511-34. Les articles L. 571-1 à L. 571-9 y sont également applicables. » Enfin, il fut à nouveau modifié par une loi 2001-616 du 07 novembre 2001. Ces évolutions de rédaction ne facilitent pas la lisibilité du texte, et rendent plus obscure l'intention du législateur quant à la détermination de la portée territoriale de la loi bancaire, concernant les monopoles professionnels qu'elle régit. Pourtant, la volonté du législateur était, semble-t-il, d'appliquer ce texte de façon territoriale, puisque cette disposition, fût-elle d'ordre général, et ne fût-elle pas le fruit d'une longue et intense réflexion, a été intégrée dans la loi, et s'est maintenue. L'examen de dispositions spéciales de la loi bancaire peut nous être utile pour corroborer ce constat.

41. Dispositions spéciales de la loi bancaire. Certaines dispositions ont été intégrées dans la loi n° 84-46, bien après sa promulgation, dans le but de transposer la seconde directive de coordination bancaire. Ainsi, la loi n° 92-665 du 16 juillet 1992, par son article 38, vint insérer un titre IV bis à la loi bancaire, relatif au libre établissement et à la libre prestation de services sur le territoire des Etats membres des communautés européennes. Dans ce titre figurent les articles 71-1 à 71-9 de la loi bancaire. Puis, ces dispositions ont toutes été modifiées par l'article 10-I de la loi de Modernisation des Activités Financières. Enfin, par le jeu de la codification à droit constant, les dispositions précitées ont été transférées au sein des articles L.511-21 à L.511-28 et L.613-33 du Code monétaire et financier¹⁵⁹. D'autres articles, figurant dès l'origine dans la loi, intéressent l'activité bancaire internationale : ce sont les articles 9 et 15 du projet de loi, que nous avons évoqués précédemment dans le cadre de l'étude des travaux préparatoires. Ces textes permettent d'affirmer que cette loi avait vocation à s'appliquer territorialement. En effet, l'article 9 (devenu l'article L.511-19 du Code monétaire et financier) modifié par rapport à la rédaction du projet de loi, rapportée précédemment (supra n° 32)¹⁶⁰, dispose à ce jour que : « Lorsque des établissements de crédit ayant leur siège social à l'étranger ouvrent des bureaux ayant une activité d'information, de liaison ou de représentation, l'ouverture de ces bureaux doit être préalablement notifiée

¹⁵⁸ Ce phénomène a déjà pu être constaté à propos du Code de commerce. Voir VARIL AUCTORES, Le nouveau code de commerce – les incertitudes de la codification à droit constant, *D. & P.*, 2001 n° 95, pp. 49 à 103, et spécialement les contributions de PEROCHON (F.), page 90, de LARRIEU (J.), pp.94 à 97, *passim*, et de REVET (Th.), pp. 100 à 103, *passim* ; voir également LE BARS (Th.), Nouvelles observations sur la codification « à droit constant » du code de commerce – l'article 631 du code de commerce était abrogé depuis... 1991, *J.C.P. éd. E.*, 2000, pp. 2021 à 2022 ; voir encore BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), Le nouveau code de commerce ? Une mystification, *D.*, 2000, doctrine, pp. 361 à 369. Plus largement, sur la codification, voir ALBERTINI (P.), La codification et le Parlement, *A.J.D.A.*, 1997, pp. 660 à 664 ; BRAIBANT (G.), Actualité de la codification, *A.J.D.A.*, 1997, pp. 639 à 646 ; La problématique de la codification, *R.F.A.P.*, 1997, pp. 165 à 176 ; Utilité et difficultés de la codification, *Droits*, 1996, n° 24, pp. 61 à 72 ; CATTA (E.), Les techniques de codification : de la cire au silicium, *A.J.D.A.*, 1997, pp. 647 à 654 ; MALAURIE (Ph.), Peut-on définir la codification ?, *R.F.A.P.*, 1997, pp. 177 à 182 ; MUIR WATT (H.), La codification en droit international privé, *Droits*, 1998, n° 27, pp. 149 à 160 ; ROBINEAU (Y.), A propos des limites d'une codification à droit constant, *A.J.D.A.*, 1997, pp. 655 à 659 ; TIMSIT (G.), La codification, transcription ou transgression de la loi ?, *Droits*, 1996, n° 24, pp. 83 à 93 ; VIGOUROUX (C.), Alice au pays de la codification à droit constant, *R.F.A.P.*, 1997, pp. 187 à 192.

¹⁵⁹ Ces textes seront analysés de façon plus précise lorsqu'il sera traité de la transposition du droit de l'Union européenne, pour montrer les relations et les interactions qui existent entre les diverses normes qui régissent les monopoles professionnels. Voir *infra* n° 194.

au comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Ces bureaux peuvent faire état de la dénomination ou de la raison sociale de l'établissement de crédit qu'ils représentent ». L'on peut comprendre, à la lecture de ce premier texte, que le législateur souhaite l'appliquer lorsqu'il y a une implantation physique en France. Et ce, indépendamment de toute considération de nationalité de l'implanté : il est fait référence au seul siège social. Inversement, l'absence d'implantation physique en France (l'absence d'ouverture de bureaux) équivaut à ce que la loi française ne s'applique pas. S'agissant de l'article 15 du projet de loi, devenu l'article 16 de la loi bancaire, ce texte a été profondément remanié à la faveur des transpositions de directives. Nous y reviendrons donc ¹⁶¹ lorsque nous aborderons ce thème. Mais nous pouvons, pour l'instant, déduire de la rédaction originelle que la loi s'applique, là encore, en cas d'implantation physique en France, car il y est indiqué que « les succursales d'établissements de crédit dont le siège social est à l'étranger sont tenues de justifier d'une dotation employée en France d'un montant au moins égal au capital minimum exigé des établissements de crédit de droit français ». Le législateur français n'a pas voulu instaurer de distorsion entre établissements de crédits implantés sur le sol français, quel que soit l'Etat sur le territoire duquel est situé son siège, puisque tous les établissements de crédit ayant une implantation en France – siège ou succursale – sont soumis aux mêmes exigences. Mais il aurait peut-être été préférable d'apporter une précision supplémentaire lors de la rédaction. En effet, il nous semble qu'à la suite des termes « les succursales », il faudrait sous-entendre « implantées sur le territoire français ».

b La loi M.A.F.

42. Dispositions de la loi de modernisation des activités financières. Cette loi est intervenue plus récemment que la loi bancaire. Elle comporte des dispositions plus précises que la version originelle de la loi de 1984 quant à son application dans l'espace. En effet, un titre IV, fort de sept articles, est consacré au libre établissement et à la libre prestation de services sur le territoire des Etats membres de la Communauté européenne ¹⁶². De plus, ainsi que nous l'avons souligné à propos des travaux préparatoires, elle se situe dans un contexte radicalement différent, car elle transpose en droit interne la directive n° 93/22/CEE, du 1993, dite Directive sur les Services d'Investissement (D.S.I.). Cet ensemble de textes nous conduit à affirmer que le législateur a entendu appliquer ce texte territorialement. En effet, l'article 73 de la loi M.A.F., transféré aux articles L.532-16 et L.532-17 du Code monétaire et financier constitue la reprise in extenso de l'article 45 du projet de loi, sur lequel nous nous sommes déjà exprimés.

¹⁶⁰ Les différences de rédaction entre le projet de loi et le texte applicable à ce jour ne suscitent pas de développements particuliers, car les discussions intervenues sur ce texte ne concernaient pas notre propos.

¹⁶¹ Voir *infra* n° 192.

¹⁶² Nous reviendrons sur l'intitulé exact de ce titre, car avec l'intégration de cette loi dans le code monétaire et financier, ce titre est désormais une section II, consacrée au libre établissement et à la libre prestation de services sur le territoire des Etats qui sont parties à l'accord sur l'Espace Economique européen.

c La loi M.U.R.C.E.F.

43. Dispositions de la loi M.U.R.C.E.F. Cette loi, promulguée le 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier – d'où son sigle – a un contenu assez hétérogène, pour ne pas dire hétéroclite, comme nous l'avons souligné. Un certain nombre de ses dispositions intéresse notre propos. Il s'agit tout d'abord de l'article 30 alinéa II déjà évoqué et cité ¹⁶³, qui emporte agrément automatique, par « détermination de la loi », pourrions-nous dire, d'un établissement de crédit situé sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie. La disposition dont il s'agit réputée agréée la caisse d'épargne et de prévoyance de ce territoire. Cette disposition nous semble tout à la fois claire et troublante. Il y a là, tout d'abord, une manifestation claire, de la part du législateur, d'appliquer territorialement les dispositions de la loi bancaire instituant le monopole des établissements de crédit : ce texte conduit littéralement à forcer la décision d'agrément – puisque cet établissement est réputé agréé – sans que le Comité des Etablissements de crédit et des prestataires de services d'investissement n'ait été saisi d'une quelconque démarche à cette fin, et à plus forte raison, ne se soit prononcé sur sa compétence *ratione loci* pour décider d'appliquer la loi bancaire. Bien plus, l'intervention du législateur aboutit à une application d'office de cette loi, sur le territoire de la Nouvelle Calédonie. Reste que cette intervention législative pose un épineux problème de méthode. En effet, le recours à ce procédé pour emporter application de la loi bancaire sur le territoire de la Nouvelle Calédonie nous conduit à nous poser la question suivante : la Nouvelle Calédonie ne serait-elle donc, à défaut de cette intervention, pas soumise aux dispositions de la loi bancaire ? Ne peut-on pas prétendre, à l'inverse, que la loi bancaire s'appliquait d'ores et déjà et *ab initio* sur le territoire de Nouvelle Calédonie, et que les dispositions de l'article 30 alinéa 2 précité ne sont que la confirmation d'un état du droit préexistant à cette loi ? L'analyse des travaux préparatoires avait montré le caractère palliatif de ce texte. Il est vrai que cette disposition a pu contribuer à clarifier le régime applicable à la Caisse d'Epargne de Nouvelle-Calédonie, tant par sa transformation en S.A. (article 30 – I) que par l'agrément « forcé ».

44. Conclusion sur le travail législatif français et son aboutissement. A la lumière des réflexions précédentes, l'étude des intentions et des réalisations du législateur permet de dégager une tendance : le législateur a voulu une application territoriale des textes intéressant les monopoles professionnels étudiés. Mais ce seul constat ne saurait suffire, en lui-même, à satisfaire les objectifs que nous nous sommes assignés *in limine*. En effet, les textes étudiés ne permettent pas à eux seuls de mesurer le territoire sur lequel ils s'appliquent. Ils ne suffisent pas non plus pour justifier que les monopoles professionnels sont réellement d'application territoriale, bien qu'ils le laissent transparaître. En effet, il faut tenir compte du rôle des juridictions saisies de litiges qui intéressent l'application des monopoles professionnels aux comportements internationaux d'exercice par tout moyen en France de l'activité réglementée. Et les juges, en vertu de l'obligation de motiver leurs décisions, se réfèrent d'abord à la disposition générale qu'est l'article 3 du code civil français, dont l'analyse nous permettra de corroborer le constat que nous venons d'effectuer selon lequel les textes pertinents s'appliquent de façon

¹⁶³ Voir *supra* n° 39 et la note n° 148.

territoriale.

B) Recours à l'article 3 du code civil : un mécanisme archaïque.

45. Rappel des dispositions de l'article 3 . Les présents développements ont pour objectif de trancher un problème de lecture de ce texte. La solution que nous proposons d'y apporter conditionnera les modalités de son application aux monopoles professionnels. L'article 3 du code civil dispose, en son alinéa 1^{er}, que : « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ». L'alinéa 2 ajoute que : « les immeubles, même possédés par des étrangers, sont régis par la loi française », cette disposition n'ayant pas de lien avec notre sujet, elle ne sera citée que pour mémoire. Enfin, l'alinéa 3 conclut cet article en ces termes : « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

46. Une pluralité d'interprétations. Ce texte date de 1804, sa rédaction n'a pas été modifiée depuis, même si la version définitive comprise dans notre code ne correspondait pas à la mouture originelle¹⁶⁴. Ce texte a, en revanche, été interprété par de nombreux auteurs, à des époques et dans des contextes économiques, juridiques, voire diplomatiques très différents. Cela veut dire que la signification même de l'article 3 a pu évoluer au fil du temps. Nous rappellerons donc les différentes lectures qui ont pu être faites à propos de ce texte. Il y aura lieu de distinguer les analyses classiques (1), et les visions plus critiques (2) des dispositions de l'article 3 du Code civil français.

1) Rappel des lectures traditionnelles

47. Première lecture de l'article 3 . Ce texte opère, de prime abord, une triple classification¹⁶⁵. Il distingue d'une part les lois s'appliquant sur un territoire (alinéa 1 relatif aux lois de police et de sûreté), d'autre part celles s'appliquant au lieu de situation du bien immeuble (alinéa 2 pour mémoire) et de troisième part les lois dites personnelles, concernant la matière de l'état et la capacité des personnes (alinéa 3). L'alinéa 2 étant hors de notre propos, il n'en sera plus traité. La mécanique de ce texte apparaît de façon, somme toute, assez claire, et la lecture des travaux préparatoires pourra s'avérer intéressante¹⁶⁶. D'abord, c'est le thème visé par la disposition étudiée qui devrait commander sa classification au sein des trois alinéas¹⁶⁷. Ensuite, ladite classification

¹⁶⁴ La genèse de ce texte est récapitulée dans l'étude que Charles BROCHER lui a consacrée. La rédaction définitive est due au Tribunat, et à sa section de législation, qui dans ses séances des 19 et 20 messidor an X, en fit accepter les termes par le Conseil d'Etat. L'article 3 correspondait aux articles 4 et 5 du livre préliminaire, titre IV, du projet préparé par les commissaires du gouvernement. Nous aurons l'occasion de revenir sur les travaux préparatoires de l'article 3. Voir BROCHER (C.), *Étude sur les principes généraux consacrés par le Code civil français comme bases du droit international privé*, *Clunet*, 1881, pp. 5 à 19, spécialement pp. 5 à 7.

¹⁶⁵ Pour une affirmation de cette classification tripartite des lois, en fonction de leur objet, voir déjà MARCADÉ (V.), *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, 5^{ème} éd., t. 1, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, Paris, 1852, page 49. Cet auteur ne se prononce pas sur le caractère étanche des catégories de la classification de l'article 3. Voir également, pour une analyse rigoureusement identique du mécanisme répartiteur de l'article 3, FRANCESKAKIS (Ph.), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958, n° 5 page 10.

provoque en principe ¹⁶⁶ l'application soit du système de la territorialité (alinéa 1), soit du système de la personnalité (alinéa 3). Pour choisir entre l'un ou l'autre de ces principes directeurs, il serait alors nécessaire de vérifier à quel type de lois s'apparentent celles relatives aux monopoles bancaires et financiers. Pourtant, une telle démarche ne permet pas de résoudre un certain nombre de questions. Qu'en est-il si une loi, ou encore une disposition, vise simultanément plusieurs des alinéas en présence ? Le cas est-il possible ? Peut-on penser qu'il existe une prééminence d'un alinéa sur tous les autres ? Les doctrines anciennes et modernes se sont penchées sur ces questions, mais elles fournissent des solutions relativement différentes.

48. Doctrines anciennes et classiques – pour une application distributive et hiérarchisée de l'article 3 . Certains auteurs se sont livrés à une recherche des conceptions que l'on a pu avoir de ce texte, dans une perspective historique. En d'autres termes, c'est l'esprit, l'inspiration du texte, plus que son architecture, qui était en cause. Le Doyen Pierre LOUIS-LUCAS recensait, sur ce propos, trois conceptions, qui s'articulent autour d'une opposition existant entre le principe de la territorialité (s'appliquant aux alinéas 1 et 2), et celui de la personnalité (s'appliquant à l'alinéa 3) ¹⁶⁹ . Selon le principe (territorialité ou personnalité des lois) qui inspire principalement l'article 3, la conception sera dite, respectivement, territorialiste ou personnaliste. LOUIS-LUCAS n'adhérait pas à ces deux conceptions, que nous nommerons « monistes », et préférerait une vision dualiste de cet article. Nous reviendrons ultérieurement sur sa pensée. Pour l'heure, la conception territorialiste de cet article fait prévaloir le nombre : deux alinéas sont d'inspiration territorialiste alors qu'un seul est d'inspiration personnaliste. Les tenants de cette théorie ¹⁷⁰ font valoir également le fait que les situations dans lesquelles les lois seront appliquées territorialement sont beaucoup plus nombreuses ¹⁷¹ . D'autres auteurs ¹⁷² optent pour l'opinion inverse en raison de ce que l'alinéa 3 posséderait un caractère

¹⁶⁶ Pour un exposé des discussions relatives à l'élaboration de ce texte, voir X..., *Conférence du Code civil, avec la discussion particulière du Conseil d'État et du Tribunal, avant la rédaction définitive du projet de loi*, t. I, chez Firmin Didot, libraire, Paris, 1805, pp. 23 à 26.

¹⁶⁷ PORTALIS affirmait que : « Toutes les lois, quoique émanées du même pouvoir, n'ont point le même caractère, et ne sauraient conséquemment avoir la même étendue dans leur application, c'est-à-dire les mêmes effets : il a donc fallu les distinguer ». Voir SÉRIAUX (A.) et DORCE (F.), *Jean Etienne Marie Portalis, Ecrits et discours juridiques et politiques*, Collection des Publication du Centre de Philosophie du Droit, Presse Universitaires d'Aix Marseille, 1988, page 73.

¹⁶⁸ Des exceptions existent, du fait du caractère hétérogène des institutions visées par le terme « capacité ». C'est pourquoi nous ne pouvons parler d'application automatique de la loi personnelle, bien que ce soit la règle. Sur ce point, voir FRANCESKAKIS (Ph.), *Recueil Dalloz Int.*, V° Capacité, n° 5 à 8, et les références.

¹⁶⁹ Sur les courants doctrinaux sur la lecture de l'article 3, voir LOUIS-LUCAS (P.), *Juriscl. Int.*, Fasc. 530-A, Conflits de lois – Théorie générale, Formation historique et principes du système français de solution des conflits de lois, n° 22 à 25.

¹⁷⁰ Il convient de citer FOELIX, *Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations*, 4^{ème} éd., par DEMANGEAT, t. I, Marescq Aîné, Paris, 1866, n° 9 ; De VAREILLES-SOMMIERES, ou LAURENT.

¹⁷² C'est le cas de DESPAGNET et de WEISS.

général, alors que les deux premiers alinéas ne viseraient que des situations particulières. Ces auteurs conféraient à la notion d'état et de capacité des personnes un sens beaucoup trop vaste par rapport à ce que la doctrine moderne reconnaît aujourd'hui. De ce rapide exposé, l'on peut déduire que la doctrine classique considère chaque alinéa comme devant être appliqué séparément, ce que nous appellerons l'application distributive des alinéas de l'article 3. Qui plus est, l'un de ces principes doit forcément s'imposer, un peu à la manière de ce que pensaient les statistes.

49. Confirmation par la jurisprudence. Lorsque la Cour de cassation française fait application de l'article 3, deux éléments caractéristiques doivent être relevés¹⁷³. Elle applique, tout d'abord, séparément les alinéas 1 et 3, à l'instar des doctrines précédemment rapportées. C'est-à-dire qu'elle considère comme distinctes les catégories mises en place par l'article 3, en ce sens qu'une loi classée dans l'un des alinéas ne relève jamais, simultanément, d'un autre. Il faut ajouter que bien souvent, la Cour ne précise pas, dans ses visas, s'il est fait application d'un alinéa précis, l'article étant visé en son entier. De plus, et en même temps, elle fait prévaloir les dispositions de l'alinéa 1, dès que celles-ci viennent à s'appliquer à la législation dont il faut déterminer le champ d'application. Ceci revient à reconnaître à l'alinéa 3 une vocation subsidiaire d'application, par rapport à l'alinéa 1. Pour étayer ce propos, nous prendrons l'exemple d'un arrêt ancien de la Cour de cassation, rapporté par VAN DER ELST¹⁷⁴. En substance, cet arrêt écartait, en vertu d'une loi de police et de sûreté, l'application du statut personnel d'un étranger. Un auteur ancien¹⁷⁵, qui s'était hasardé à avancer que cet arrêt établissait que le statut personnel pouvait être régi par les lois de police, a encouru la critique sévère, et justifiée, à notre sens, de VAN DER ELST. Il faut en effet considérer la règle de l'article 3 comme bilatéralisée, en ce sens que la règle admise aujourd'hui est que « la capacité des personnes est régie par leur loi personnelle »¹⁷⁶. En l'espèce, le statut personnel a dû s'effacer pour laisser place à l'application d'une loi de police.

2) Approche critique de l'analyse traditionnelle

50. Ancienneté de la critique. Les dispositions de l'article 3, après avoir fait l'objet d'analyses exégétiques ou littérales, ont été étudiées de façon plus critique. De telles doctrines ne sont pas toutes récentes. A cet égard, Charles BROCHER a mené

¹⁷¹ NIBOYET estimait que la territorialité devait nécessairement l'emporter, eu égard à la localisation du rapport de droit, de la survenance du fait juridique... Voir LOUIS-LUCAS (P.), Territorialisme et nationalisme dans l'œuvre de J.P. NIBOYET, *T.C.F.D.I.P.*, 1952, pp. 11 à 42, spécialement page 13.

¹⁷³ Indépendamment, bien sûr, de l'impact qu'elle a eu sur l'extension du champ d'application de ce texte, et que nous aborderons lorsque nous évoquerons les évolutions qui l'ont affectées.

¹⁷⁴ Cass., chambres réunies, 22 mars 1806, citée in VAN DER ELST (R.), *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, t. I, caractères généraux, éditions du Recueil Sirey, Paris, 1956, n° 12, spécialement page 42.

¹⁷⁵ Voir LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, 3^{ème} éd., t. 1, Bruylant-Christophe, Bruxelles, 1878, page 169.

¹⁷⁶ Voir FRANCESCAKIS (Ph.), *Recueil Dalloz Int.*, V° Capacité précitée, n° 2.

d'intéressantes recherches ¹⁷⁷. Il regrette que les questions concernant l'état et la capacité des étrangers soient mal définies. Mais s'agissant des lois de police et de sûreté, il semble tenir leur primauté pour évidente, lorsqu'il affirme qu'il est des règles « que chaque souveraineté doit faire respecter d'une manière absolue sur son territoire » ¹⁷⁸. Il recommande, pour pallier les lacunes de l'article 3, de recourir à l'analyse de l'ancienne doctrine française, tout en tenant compte des changements opérés par les textes nouveaux et par la transformation de l'ancien milieu social ¹⁷⁹. Par ailleurs, ce texte a été décrit par PILLET comme descendant en ligne directe de la théorie des statuts ¹⁸⁰, tout au moins en ce qui concerne les alinéas 2 et 3. Les rédacteurs ¹⁸¹ de ce texte étaient, selon cet auteur, des « praticiens nourris dans la connaissance de la théorie des statuts, et cependant ne la possédant pas très bien ». D'autres auteurs aboutissent à la conclusion que ce texte ne fait que consacrer certaines solutions acquises dans l'ancienne jurisprudence, sans pour autant consacrer la théorie des statuts ¹⁸². L'article 3 a fait l'objet d'une abondante littérature de la part d'auteurs anciens autant que modernes ¹⁸³. Phocion FRANCESCAKIS n'hésite pas à qualifier ce texte d'archaïque ¹⁸⁴. Enfin, LOUIS-LUCAS enseignait que l'article 3 nécessitait une interprétation dualiste, en ce sens que les systèmes de la territorialité et de la personnalité étaient appliqués alternativement, selon les cas ¹⁸⁵. Cette doctrine semble s'être forgée une certaine autorité. Selon nous, l'apport de cette doctrine est d'atténuer la prééminence de principe de l'un ou l'autre des

¹⁷⁷ Voir BROCHER (C.), Des bases théoriques du droit international privé, *Clunet*, 1878, pp. 225 à 235 ; et, du même auteur, Étude sur les principes généraux... *précitée*, *Clunet*, 1881, pp. 5 à 19. Cette dernière étude entretient, pourtant, une regrettable confusion entre ordre public et lois de police, voir à ce sujet spécialement la page 7. Les lacunes que présente l'article 3 sont étudiées à compter de la page 13.

¹⁷⁸ *Ibidem*, page 7.

¹⁷⁹ Voir, du même auteur, Des bases théoriques..., *précité*, page 234.

¹⁸⁰ Voir PILLET (A.), Théorie continentale des conflits de lois, *R.C.A.D.I.*, 1924, I, Vol. 2, pp. 447 à 484, spécialement page 454, *in limine*. Dans le même esprit, voir ACOLLAS (É.), *Manuel de droit civil, commentaire philosophique et critique du code Napoléon, contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, 2^{nde} éd., t. 1, Germer-Baillière, Paris, 1874, page 9 ; Voir également LAINÉ (A.), Le droit international privé en France considéré dans ses rapports avec la théorie des statuts, *Clunet*, 1885, pp. 129 à 143, pp. 249 à 265, *Clunet*, 1886, pp. 146 à 161, *Clunet*, 1887, pp. 21 à 31, spécialement *Clunet* 1885, page 129, qui considère que le législateur de 1804 a partiellement consacré cette théorie, avec des réserves.

¹⁸¹ Ces rédacteurs étaient PORTALIS, TRONCHET, MALEVILLE et BIGOT DE PRÉAMENEU.

¹⁸² Voir en ce sens BEUDANT (C.) par BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.), *Cours de droit civil français*, 2^{nde} éd., t. 1, Rousseau & Cie éditeurs, Paris, 1934, page 241. Cet auteur réfute cependant l'analyse de PILLET en ce sens qu'il dénie à l'article 3 toute volonté de consacrer la théorie des statuts. Voir également LOUIS-LUCAS (P.), *op. et loc. cit.*

¹⁸³ Voir Juriscl. International, fasc. 530 et suivants ; DROZ, *R.C.A.D.I.*, t. 229, 1991-IV ; Ph. FRANCESCAKIS, *T.C.F.D.I.P.*, 1962-1964, p. 291 ; KOHLER, *R.C.D.I.P.*, 1995, 1.

¹⁸⁵ Voir LOUIS-LUCAS (P.), Territorialisme et nationalisme ... *précité*, pp. 13 à 19.

alinéas. Mais il nous semble pourtant qu'une hiérarchie entre les alinéas 1 et 3 subsiste dans cette théorie, elle n'est cependant pas irréversible : son sens varie selon les cas en litige, in casu. Reste que malgré sa souplesse, la théorie dualiste, tout comme les théories monistes évoquées, refuse toute application cumulative des alinéas 1 et 3. Une telle argumentation nous semble aujourd'hui difficilement envisageable, compte tenu des évolutions diverses de la signification de l'article 3 du code civil.

a Evolutions constatées

51. Evolutions quant à la notion de loi. L'article 3 s'appuie systématiquement sur le concept de lois. Or, et l'observation est ancienne, la doctrine et la jurisprudence ont eu à se prononcer sur le contenu de ce terme. Elles y incluent des dispositions issues de règlements, c'est-à-dire qu'elle a élargi le champ d'intervention de ce texte ¹⁸⁶.

52. Evolutions de la notion de loi de police. A notre sens, deux évolutions paradoxales peuvent être constatées, même si la rédaction de l'article 3, alinéa 1 du code civil est restée celle de 1804. D'une part, le nombre des branches du droit dans lesquelles il est possible de relever l'existence de lois de police s'est élargi. D'autre part, et paradoxalement, le nombre des catégories d'intérêts préservés ou protégés par ce type de dispositions s'est accru. Ces évolutions nous semblent de nature à affecter la méthode d'identification des dispositions de police ¹⁸⁷, et n'est pas neutre quant à la lecture qu'il conviendrait de faire de cet article 3.

53. Lois de police – évolution du nombre des branches du droit concernées. L'ancien droit n'utilisait pas couramment la terminologie de lois de police ¹⁸⁸. Mais à la veille du code civil, ce que l'on entendait par statut de police comprenait tout de même la responsabilité civile, ainsi que des réglementations de droit privé, de droit public, et de droit pénal ¹⁸⁹. La notion avait donc un sens extrêmement large, quant aux branches du droit susceptibles d'être admises à la formation du concept. Les mêmes idées, inspirées de BOUHIER, ont présidé à la rédaction de l'article 3, alinéa 1 du code civil. Ainsi,

¹⁸⁴ Voir FRANCESCAKIS (Ph.), *Rep. Dalloz Int.*, V° Capacité, spécialement n° 1. Pour une qualification de « carence législative », voir LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, 6ème éd., Précis Dalloz, 1999, n° 8, et plus précisément, n° 97, l'explication du caractère laconique de ce texte. Les précédentes versions du Code civil – notamment le projet CAMBACÉRÈS – étaient d'inspiration territorialiste. Le laconisme de l'article 3 tient au fait qu'un compromis a été recherché avec les partisans du personnelisme des lois, ce qui a abouti à supprimer bon nombre de dispositions initialement insérées dans le Code. MM. MAYER et HEUZÉ parlent de pauvreté des sources écrites, d'une manière générale, voir MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, 7^{ème} éd., Précis Domat, Montchrestien, Paris, 2001, n° 486.

¹⁸⁶ Voir VAN DER ELST (R.), *op. cit.*, page 48.

¹⁸⁷ Voir *supra* n° 74 à 76.

¹⁸⁸ Pour une analyse approfondie de l'utilisation par les textes ou la doctrine de l'ancien droit, notamment par BOUHIER, du concept de lois de police, voir VAN DER ELST (R.), *Op. cit.*, t. I, n° 8, p. 32.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 34.

PORTALIS voyait dans cette dénomination « toutes celles qui maintiennent la police de l'Etat et veillent à sa sûreté »¹⁹⁰, sans distinguer les lois pénales, de droit public ou privé. Et c'est très exactement dans ce sens que s'est établie la jurisprudence du début du XIX^{ème} siècle¹⁹¹. De nos jours, il n'est plus question d'inclure dans la notion de lois de police les dispositions touchant au droit pénal ainsi qu'au droit public. La doctrine a clairement distingué les lois de police des lois de droit public et de droit pénal¹⁹², ainsi, d'ailleurs, que de l'ordre public international¹⁹³. C'est pourquoi nous nous bornerons à préciser que les lois de police concernent des relations privées. La conclusion de VAN DER ELST est, à ce sujet, sans appel, lorsqu'il affirme, dans sa remarquable étude consacrée aux lois de police, que « les lois de droit public, de droit administratif, de droit fiscal ou de droit pénal, peuvent être exclues de la matière d'une étude consacrée uniquement aux règles de conflit de lois propres au droit international privé »¹⁹⁴. Mais il ne s'agit là que de la première partie de l'évolution, car l'envahissement du droit privé par l'Etat contribue à ce que des lois de police puisse régir des matières relevant de nombreuses branches du droit, telles le droit économique, le droit du travail... A notre sens, cela tient à l'accroissement du nombre des intérêts à sauvegarder.

54. Accroissement du nombre des intérêts sauvegardés par les lois de police. Il est intéressant de rapporter ici l'analyse faite par DEMOLOMBE à propos de l'article 3, alinéa 1 du code civil. Selon lui, ces lois sont faciles à identifier, parce qu'elles ont pour but : « la sûreté des personnes et des propriétés, le bon ordre, la salubrité publique ; elles répriment les crimes, les délits et les contraventions »¹⁹⁵. Cet auteur tempérait cependant cette affirmation, en ajoutant un sens plus large. Il intégrait de la sorte tout ce qui concerne l'ordre public¹⁹⁶, l'intérêt public. Une première évolution se fait déjà jour, car

¹⁹⁰ Voir SÉRIAUX (A.) et DORCE (F.), *Jean Etienne Marie Portalis, Ecrits...* précité, loc. cit.

¹⁹¹ VAN DER ELST (R.), *Op. cit.*, pp. 41 à 50.

¹⁹² Voir VAN DER ELST (R.), *Op. cit.*, n° 15 à 19, pp. 53 à 71. La distinction devra cependant être approfondie. Voir infra, nos développements au n° 465, sur la distinction qu'il convient aujourd'hui d'opérer entre le droit pénal autonome et les dispositions de droit pénal accessoire.

¹⁹³ *Ibidem*, n° 20 à 29, pp. 72 à 106.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 71, *in fine*.

¹⁹⁵ Voir DEMOLOMBE (C.), *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, Durand et Pédone-Lauriel, Paris, 1869/1870, n° 70, page 85. Pour une définition similaire, voir AUBRY (C.) et RAU (C.), *Op. cit.*, page 81.

¹⁹⁶ Voir cependant BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et HOUQUES-FOURCADE (M.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^{ème} éd., t. 1, Librairie de la société du recueil Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1907, n° 196, page 163. Si ces auteurs reprenaient la première partie de la définition, ils contestaient vigoureusement cette adjonction des questions touchant l'ordre public. La doctrine de droit international privé fera ensuite clairement la distinction entre lois de police et ordre public. Une doctrine minoritaire, se fondant sur le fait que dans un cas comme dans l'autre, les parties ne peuvent déroger à la règle, subsiste aujourd'hui. Voir COURBE (P.), *Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux*, in *Etudes offertes à Barthélemy MERCADAL*, éd. Francis LEFEBVRE, Levallois-Perret, 2002, pp. 99 à 115.

PORTALIS centrait son analyse autour de l'intérêt de l'Etat, et DEMOLOMBE s'appuyait sur la sécurité des personnes et des biens¹⁹⁷. D'autres auteurs ont, plus tard, combiné ces deux acceptions. MOURLON et DEMANGEAT enseignaient que les lois de police et de sûreté sont celles « qui assurent la prospérité et la grandeur du pays, en protégeant la tranquillité, la liberté, la propriété, la sécurité des citoyens »¹⁹⁸. Reste que le contenu de cette notion demeurerait très vague. C'est pourquoi l'expression « lois de police et de sûreté » tomba, pendant un temps, en désuétude. De la sorte, elle se trouvait libre pour un nouvel usage¹⁹⁹. C'est ainsi que, sous l'impulsion, en France, de Phocion FRANCESCAKIS²⁰⁰, la notion fut redécouverte et la méthode reconstruite. Cet auteur s'intéressa, plus généralement, à la notion de « lois d'application immédiate ». Cette terminologie regroupe les lois s'appliquant, sur le plan international, sans recourir à la médiation d'une règle de conflit de lois. La doctrine moderne emploie indifféremment les terminologies de lois d'application immédiate et de lois de police²⁰¹, même si les deux expressions ne sont pas parfaitement synonymes²⁰². FRANCESCAKIS a proposé de considérer comme lois de police les lois « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays ». Désormais, l'idée libérale selon laquelle la satisfaction de l'intérêt général de la société procède de la satisfaction des intérêts individuels, laquelle est assurée par l'autorité publique, professée

¹⁹⁷ Dans le même sens, voir déjà DURANTON (M.), *Cours de droit français suivant le code civil*, 4^{ème} éd., t. 1, Thorel et Guilbert, Paris, 1844, n° 77, page 50. D'autres auteurs leur assignent « le maintien du bon ordre et de la tranquillité publique ». Voir en ce sens MARCADÉ, *Op. cit.*, n° 67, pp. 49 et 50. Pour la référence au maintien de l'ordre social, voir LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, 3^{ème} éd., t. 1, Bruylant-Christophe, Bruxelles, 1878, n° 105 page 163. Pour la notion d'ordre établi, voir DEMANTE (A.M.), *Cours analytique de code civil*, 3^{ème} éd., t. 1, Plon, Paris, 1895, n° 15, page 9, *in fine*.

¹⁹⁸ Voir en ce sens MOURLON (F.) et DEMANGEAT (C.), *Répétitions écrites sur le code civil, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, 12^{ème} éd., t. 1, Garnier Frères, Paris, 1884, n° 76, 2°, page 55. Voir également, dans les mêmes termes, mais avec l'adjonction du droit pénal, et des dispositions intéressant l'ordre social, BEUDANT (C.) par BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.), *Op. cit.*, n° 264, pp. 244 à 246.

¹⁹⁹ Voir MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, 7^{ème} éd., Précis Domat, Montchrestien, Paris, 2001, n° 121, note 31.

²⁰⁰ Voir FRANCESCAKIS (Ph.), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958. Du même, voir Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, *R.C.D.I.P.*, 1966, pp. 1 et s. Pour des recherches similaires menées dans d'autres pays, il convient de citer : en Italie, les travaux de DE NOVA (R.), Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application, *in Mélanges MAURY*, Dalloz-Sirey, 1960, pp. 377 et s. ; en Allemagne, voir l'étude de WENGLER (W.), Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, pp. 168 à 212 ; en Belgique, l'ouvrage de VAN DER ELST (R.) *précité*, tomes 1 et 2. Pour une sévère critique de la méthode, voir LALIVE (P.), Tendances et méthodes en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1977, II, pp. 1 à 424, spécialement pp. 120 à 153.

²⁰¹ Voir ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), note sous C.E., 29 juin 1973, *compagnie internationale des wagons-lits*, *in Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2001, n° 2 page 505.

²⁰² Voir HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et GEOUFFRE de la PRADELLE (G. de), *Droit international privé*, 1987, Masson, Paris, n° 641 à 644, pp. 317 à 319.

par DEMOLOMBE ou encore MOURLON et DEMANGEAT, est délaissée. La notion de lois de police telle qu'elle est entendue aujourd'hui met en exergue une catégorie d'intérêts spécifiques, propres à l'ordre juridique et distincts des intérêts individuels²⁰³. Et ces intérêts ont ceci de particulier qu'ils sont tout à la fois impliqués dans des relations privées et qu'ils sont si importants qu'ils doivent être pris en charge par l'organisation étatique. Ce faisant, ils deviennent matière de police²⁰⁴. En définitive, la qualification de loi de police nécessite de s'interroger sur les buts qu'une disposition poursuit. La formule de FRANCESEKAKIS a été considérée comme imprécise par certains auteurs²⁰⁵, et, paradoxalement, trop étroite par d'autres²⁰⁶. Ce dernier grief tient au fait que certaines lois, tout en ne concourant pas particulièrement à l'organisation sociale, politique ou économique du pays, visent à la protection des intérêts d'une partie dite faible, c'est-à-dire les consommateurs ou les salariés, par exemple. Et ces lois, pour satisfaire cet objectif, doivent s'appliquer indistinctement sur le territoire. Elles ne doivent pas, pour ce faire, être contournées par le simple jeu de la volonté des parties à un contrat. Elles sont donc d'application immédiate – sans pour autant être de police – ce qui nous permet, avec certains auteurs, d'exclure toute synonymie entre les deux expressions²⁰⁷. Cependant, la définition de FRANCESEKAKIS ne paraît pas englober les lois « d'application immédiate – non de police »²⁰⁸. Quant au grief de l'imprécision, il découle de la difficulté d'identifier les lois de police, dont nous traiterons ultérieurement.

55. Conclusion sur la lecture classique de l'article 3. Actuellement, l'article 3 est perçu comme instaurant une classification aux catégories distinctes et hiérarchisées entre elles, bien qu'elle soit réversible selon les dispositions étudiées²⁰⁹. La lecture qui en est faite nous semble pourtant approximative, surtout du fait de la jurisprudence qui renvoie

²⁰³ *Ibidem*, n° 8 page 510.

²⁰⁴ Voir FRANCESEKAKIS (Ph.), Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, *R.C.D.I.P.*, 1966, pp. 1 et s, spécialement page 13. François RIGAUX parle même de lois de police économique. Voir RIGAUX (F.), D'un nouvel ordre économique international à l'autre, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 689 à 717, spécialement page 707.

²⁰⁵ Voir LOUSSOUARN (Y.), Cours général de Droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1973, II, Vol. 139, pp. 269 à 386, spécialement pp. 328-329.

²⁰⁶ Voir MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Op. cit.*, n° 123.

²⁰⁷ Voir HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et GEOUFFRE de la PRADELLE (G. de), *Op. cit.*, n° 643. Ces auteurs distinguent les lois d'application immédiate non de police, et les lois de police. Ces dernières sont donc, selon eux, une subdivision d'une catégorie plus générale, dite des lois d'application immédiate. Ils affirment en effet que « les lois d'application immédiate sont en définitive celles auxquelles un texte donne (lois non de police) ou dont la fonction sociale exige (lois de police) un régime spécifique dans le cadre du procédé du conflit des lois ». *Ibidem*, n° 648.

²⁰⁸ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*

souvent à la notion de lois d'ordre public au lieu et place des lois, ou plus précisément des dispositions, de police. En définitive, la jurisprudence, tout comme la doctrine, consciente de l'imprécision de ce texte, lui ont fait dire beaucoup plus que ce que ses rédacteurs n'avaient initialement envisagé. C'est pourquoi il a suscité des projets de réforme, bien que ceux-ci n'aient jamais abouti. Et c'est également la raison pour laquelle nous proposerons notre propre lecture, même si cette tâche peut sembler ambitieuse.

b Les réformes proposées

56. Le projet de réforme du code civil de 1955. Une tentative de réforme du code civil avait déjà été amorcée, mais elle n'a pas abouti. Cependant, les travaux réalisés à cette occasion ont sans doute permis une prise de conscience. En effet, une commission fut chargée de réfléchir sur cette réforme, et une discussion eut lieu les 20 et 21 mai 1955, au siège du Comité Français de Droit International Privé. Un rapport fut publié, pour relater ces discussions²¹⁰. Voici comment étaient envisagées, respectivement, les questions relatives à l'état et la capacité des personnes, ainsi que celles ayant trait aux lois de police. L'article 59, contenu dans une section II – Etat et capacité, disposait que « l'état et la capacité des personnes sont soumis à leur lois nationales. Sont néanmoins régis par la loi française les nationaux des états étrangers qui y ont leur domicile depuis plus de cinq ans ». Par ailleurs, un article 74, contenu dans une section V relative aux lois de police, délits civils, lois de publicité, comportait les dispositions suivantes : « les lois de police régissent tous les faits qui se produisent sur le territoire ». Enfin, un article 73, composant à lui seul la section IV relative aux personnes morales, précise que : « les règles de constitution et de fonctionnement des personnes morales sont déterminées par la loi du pays où celles-ci possèdent leur siège social, sous réserve des dispositions de police du pays dans lequel elles exercent leur activité ou acquièrent des biens ». Du rapprochement de ces trois dispositions, il apparaît d'abord possible de déduire que les personnes morales ne semblaient pas a priori visées par les questions d'état et de capacité. Pour preuve, l'article 59 renvoyait à « l'état et la capacité des individus », et non pas à l'état et la capacité des personnes, notion plus générale. De plus, cette fois, la prééminence de la loi de police était confirmée, mais c'était sur les questions de constitution et de fonctionnement des personnes morales, et non pas sur des questions de capacité ou d'état des personnes, puisque l'article 73 réserve l'application des lois de polices locales. Ce fragment de l'avant-projet de réforme du code civil, élaboré par une commission de réforme a fait l'objet de discussions. Mais celles-ci n'ont pas précisé ce qu'il fallait entendre par lois de police. Lorsqu'il a été question de discuter l'article 74, ce regret fut exprimé par Phocion FRANCESKAKIS²¹¹, et BATIFFOL, rapporteur sur cette question, admit qu'il était difficile d'apporter une quelconque définition à ce concept²¹². Cela

²⁰⁹ Certes, l'étude ne se cantonne qu'aux alinéas 1 et 3. Nous estimons en effet que l'alinéa 2, hors de propos, n'a pas à être évoqué.

²¹⁰ Voir COMITÉ FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *La codification du droit international privé – discussion de l'avant projet de la Commission de réforme du Code civil (20-21 mai 1955)*, Dalloz, Paris, 1956.

²¹¹ *Ibidem*, page 191.

entraîna une remarque de Phocion FRANCESCAKIS²¹³, qui semble indiquer que l'article 74 ne concerne pas uniquement les délits civils, bien qu'il se trouve dans une section qui y est consacrée. Selon lui, cet article a une portée bien plus générale, et se trouve, paradoxalement, dans une section consacrée à une matière spécifique. Ceci entraîne, à notre avis, une imprécision, parce qu'à lire la lettre du projet, l'on pourrait omettre de conférer aux lois de police un contenu autre que celui des lois sur les délits civils. En définitive, cela traduit un embarras, lorsqu'il s'agit de définir exactement ce que les lois de police recouvrent. Il est vrai que ce projet précède, de peu, les travaux du même FRANCESCAKIS qui ont permis d'avancer une définition – volontairement générale – de ces lois qui a entraîné l'évolution copernicienne du concept. Cet auteur semble même assimiler l'article 74 de l'avant-projet à un résidu de l'article 3 du code civil. Quoiqu'il en soit, cette tentative de réforme n'a pas eu de force obligatoire.

57. Lecture proposée. Ecrit à une époque où les échanges commerciaux et les déplacements transfrontières étaient certes possibles, mais nécessitaient beaucoup de temps, l'article 3 du code civil nous paraît aujourd'hui inadapté, et devrait être réécrit pour partie²¹⁴. Et ce dans le seul but de tenir compte de l'accélération de la rapidité des transactions et des déplacements, ainsi que des diverses évolutions sémantiques apportées à ce texte par la doctrine, la jurisprudence, la pratique, et, surtout, la nature et la qualité du travail législatif. De nos jours, il apparaît, ainsi que nous l'avons démontré, qu'une loi peut très bien renfermer des dispositions visant à la sauvegarde d'intérêts économiques et sociaux (donc celles qui entraînent application de l'alinéa 1), et, simultanément, d'autres dispositions ne visant pas à la satisfaction de ces intérêts. C'est exactement cette analyse qui nous permet d'affirmer que l'article 3 du code civil, si l'on admet une interprétation stricte de la lettre de ses dispositions, n'instaure pas une classification des lois dans laquelle les catégories dégagées – lois de police, lois concernant les immeubles, lois intéressant l'état et capacité des personnes – sont véritablement étanches. En d'autres termes, les catégories rapportées à cette disposition ne sont ni complètes, ni exclusives les unes par rapport aux autres. Supposons qu'une loi intéresse l'état et la capacité des personnes, et que, simultanément, elle vise à satisfaire un intérêt économique ou social. Elle pourrait, à notre sens, relever simultanément des alinéas 1 et 3 de l'article 3 du Code civil. Ce cas ne nous semble pas saugrenu, compte tenu de l'évolution de ce que certains auteurs appellent l'art législatif. Certaines lois ont aujourd'hui un contenu tellement hétérogène que l'on peut tout à fait imaginer l'hypothèse sur laquelle nous venons de raisonner²¹⁵. Un certain nombre de précautions peut permettre, malgré tout, de parvenir à une application quasiment orthodoxe de ce texte.

58. Lecture proposée – application cumulative des deux alinéas. Nous

²¹² *Ibidem*, op. et loc. cit.

²¹³ *Ibidem*, page 191.

²¹⁴ Un intéressant travail sur les jugements qu'a suscités le code civil, et sur sa façon de traverser les siècles a été mené. Voir VANEL (M.), *Rep. Dalloz Civil*, V^{is} Code civil, n° 96 à 108. Cet auteur explique qu'il ne faut pas être trop sévère dans les griefs apportés à la rédaction de ce code, dans la mesure où ils sont formulés avec le recul du temps. Nous ne formulons pas de véritable grief vis-à-vis de l'article 3, nous tentons simplement de tenir compte de l'évolution de son contenu.

observerons que rien n'interdit, dans la rédaction de l'article 3, qu'une loi puisse simultanément concerner l'état et la capacité des personnes et être de police. Rien ne nous permet d'affirmer que les trois propositions qu'il formule sont exclusives les unes des autres, même si l'interprétation séculaire²¹⁶ de ce texte par la jurisprudence ou la doctrine est axée sur cette dichotomie. Deux éléments majeurs militent pour la possibilité d'une application cumulative des trois alinéas de l'article 3 du code civil français, lesquels auraient tous la même valeur. Le premier d'entre eux est l'évolution qu'a connue la signification originelle de la notion de lois de police²¹⁷. Si l'on pouvait autrefois considérer comme distincte la question des lois de droit public ou de droit administratif, jadis intégrées au concept, leur exclusion de la notion actuel vide de sens une partie de ladite distinction. Par ailleurs, le fait que la catégorie des lois de police vise aujourd'hui à la protection des intérêts de parties dites faibles peut conduire à ce qu'une loi puisse concerner les immeubles, par exemple, ou la capacité des personnes, et être, simultanément, de police. Le second élément nous paraît être l'évolution de l'art de faire des lois²¹⁸, plus précisément le caractère hétérogène du contenu de certaines législations actuelles. Elles n'ont plus le caractère monolithique des législations plus anciennes, tout au moins quant à leur objet. Ainsi, rien n'interdit à une loi du type N.R.E. ou M.U.R.C.E.F., dont l'hétérogénéité du contenu a été maintes fois soulignée, de concerner tout à la fois des questions de capacité et des matières de police. Ce pourrait également être le cas de la loi bancaire ou de la loi de modernisation des activités financières²¹⁹.

²¹⁵ A cet égard, la définition des lois de police et de sûreté telle que l'enseignait M. le Doyen STOUFFLET est intéressante à relever. Dans son cours de droit international privé, il indiquait que l'on fait « entrer dans cette catégorie un ensemble de lois d'intérêt social : les lois qui mettent au service d'une institution de droit privé certains organes de l'administration publique : lois relatives à l'Etat civil, loi sur le contrôle par l'Administration ou la justice des autorités familiales. Les lois régissant la réparation des délits. Les lois de police contractuelle, si nombreuses dans la législation moderne. » La première des trois catégories ne peut-elle pas relever à la fois de l'alinéa 1^{er} et de l'alinéa 3 du code civil ? Voir STOUFFLET (J.), *Droit international privé*, Cours de licence en droit-4^{ème} année, Ecole Nationale des Impôts – Faculté de droit et des sciences économiques de Clermont-Ferrand, 1970/1971, pp. 78 à 79.

²¹⁶ Voir SÉRIAUX (A.) et DORCE (F.), *op. et loc. cit.*.

²¹⁷ Regroupant *ab initio* les seules lois intéressant la police et la sûreté de l'Etat, le concept intègre aujourd'hui, entre autres choses, les dispositions de protection de l'intérêt général, celles protégeant les consommateurs... En revanche, n'en font plus partie les dispositions de droit public et de droit pénal. La catégorie s'est donc tout à la fois considérablement élargie avec l'interventionnisme croissant de l'Etat depuis 1804, et précisée. De sorte qu'il convient aujourd'hui de se demander, au cas par cas, si telle ou telle disposition de tel texte doit être ou non considéré comme étant de police. En ce sens, voir MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Op. cit.*, n° 121 à 123.

²¹⁸ Voir pour une mise en situation SERLOOTEN (P.), *Réflexions – sans en avoir l'air – sur l'art du juriste (à propos du règlement d'une créance fiscale par un débiteur en redressement judiciaire)*, *D.* 2001, n° 23, pp. 1861 à 1862 ; voir encore BUREAU (D.), *Le nouveau code de commerce ? Une mystification*, *D.*, 2000, doctrine, pp. 361 à 369 ; pour un exemple de loi dont l'objet sort des classifications juridiques traditionnelles et touche aussi bien au droit civil qu'au droit commercial, voir X..., *Projet de loi sur la société de l'information*, *J.C.P. Éd. E.*, 2001, pp. 1063 à 1065.

59. Lecture proposée – absence de subsidiarité entre les alinéas. Rien ne permet non plus de considérer que l'alinéa 1 de ce texte a vocation à annihiler l'application des deux autres alinéas dès lors que la loi étudiée se trouve être de police. Seule la jurisprudence a conduit à cet état du droit. Cela semble pratique, et évident, dans la mesure où une application sans subsidiarité pourrait conduire, parfois, à annihiler toute portée aux règles de police. Pour éviter toute ambiguïté, il serait urgent de réécrire l'article 3 du code civil en prévoyant cette subsidiarité des alinéas 2 et 3 par rapport à l'alinéa 1. Mais il convient de tempérer nos propos, en ce que cette subsidiarité devrait être prévue non pas au regard de la loi en son entier, mais pour chaque disposition, en fonction de son objet.

60. Lecture proposée – inadéquation du terme « loi ». L'article 3 du code civil fait référence au terme « lois ». A notre sens, ce vocable est par trop restrictif et autorise les critiques telles que nous venons de les formuler. Ce que le juge doit appliquer territorialement ou personnellement n'est plus la loi prise dans sa globalité, mais une disposition comprise dans cette loi, ou plus généralement cette norme.

61. Proposition de rédaction de l'article 3 . Compte tenu de ce qui précède, une rédaction de l'article 3 du code civil pourrait être envisagée en quatre alinéas, de la façon suivante. Un alinéa 1^{er} pourrait prévoir que « Dans le cas où une loi contient des dispositions de police et de sûreté, celles-ci obligent tous ceux qui habitent le territoire ». Un alinéa second pourrait ajouter que « Dans le cas où elles n'entreraient pas dans les prévisions de l'alinéa 1, les dispositions relatives à l'état et à la capacité régissent tous les Français, même résidant à l'étranger ». Le sort des dispositions à contenu hétérogène pourrait être précisé par un alinéa 3 ainsi rédigé : « Si une disposition est simultanément de police et de sûreté et intéresse l'état et la capacité des personnes, elle oblige tous ceux qui habitent le territoire et contraignent les Français, y compris résidant à l'étranger ». Enfin, un alinéa 4 pourrait traiter de la soumission des immeubles à la *lex rei sitae*. Il nous semble ainsi que les difficultés que nous avons soulevées pourraient être plus clairement traitées.

62. Conclusion sur les éléments servant à caractériser l'application territoriale. L'on se trouve quelque peu désemparé, à la suite de cette approche, car les travaux préparatoires et les textes régissant les monopoles bancaires et financiers recèlent des contradictions et des lacunes. Par ailleurs, la solution du recours à l'article 3 du code civil nécessite que les juridictions prennent toute la mesure de ce texte, et cessent de l'appliquer presque par habitude, en n'utilisant parfois pas la terminologie appropriée (les lois « d'ordre public » justifient parfois des décisions alors qu'il devrait être recouru à la terminologie « disposition de police »). Nous oserons même ajouter que sa rédaction devrait également être revisitée, pour tenir compte des diverses évolutions ayant affecté ce texte. Pour autant, cela ne veut pas dire que cet article soit inutilisable en l'état, mais il conviendra de prendre un certain nombre de précautions pour s'en servir.

§ - 2 Application de l'article 3 du code civil aux monopoles professionnels

63. Plan. Nous tenterons de faire usage de l'article 3 dans le respect des observations,

²¹⁹ Nous le vérifierons, voir nos développements *infra* n° 63 à 86.

tant méthodologiques que critiques, que nous avons formulées. C'est-à-dire que l'application cumulative des alinéas 1 et 3 nous conduit à vérifier que les dispositions régissant les monopoles professionnels relèvent soit de l'état et la capacité des personnes, soit des lois de police, soit des deux notions simultanément. Sur cette dernière hypothèse, une doctrine est intéressante à rapporter. M. le Professeur Bernard AUDIT observe que certaines lois sont de police dès lors qu'elles mettent en place des incapacités, ou confèrent des pouvoirs²²⁰. Cette remarque nous conforte dans l'idée selon laquelle rien n'interdit qu'une loi puisse concerner l'état et la capacité des personnes et être en même temps de police. Nous pensons devoir apporter une précision : comme nous l'avons vu, en effet, cette démarche suppose acquise, pour rendre l'article 3 alinéa 1 du code civil utilisable en matière d'incapacité, une prééminence expresse de l'alinéa 1 sur l'alinéa 3. Autrement dit, la première question à trancher est celle de savoir si la notion juridique de monopole fait partie de l'état et de la capacité des personnes (A). Nous tenterons de montrer qu'il n'en est rien, au travers d'une démarche de qualification juridique, de droit interne et de droit international privé, des monopoles professionnels intéressant notre propos. En effet, nous établirons que le monopole professionnel lève, par essence, une interdiction de jouissance. Cette qualification nous permettra d'exclure l'application de l'alinéa 3 de l'article 3 du code civil relatif aux dispositions touchant à l'état et à la capacité des personnes. Et c'est ensuite qu'il nous appartiendra de vérifier l'appartenance des dispositions discutées à la catégorie des dispositions de police (B).

A) Le monopole professionnel lève une interdiction de jouissance

64. Présentation de la démarche. Pour mener à bien cette étude, il conviendra d'analyser précisément ce que recouvrent les termes « incapacité » et « interdiction ». Et ce aussi bien en droit interne qu'en droit international privé. Nous tenterons d'établir qu'une qualification des monopoles professionnels sur la base de la loi française, prise en tant que *lex fori*, conduit à rejeter la notion d'incapacité. Ce qui, en soi, aboutirait à ne pas appliquer auxdits monopoles l'article 3 alinéa 3 du code civil. Mais il conviendra d'aller plus loin, pour montrer que du point de vue du droit international privé, c'est le fait que le monopole touche à la jouissance des droits qui doit être relevé.

65. Incapacité et interdiction : conceptions de droit interne. En droit interne, l'incapacité se déduit de son antithèse, la capacité. Cette dernière notion se définit comme « l'aptitude à être titulaire de droits subjectifs (capacité de jouissance) et à mettre en œuvre ces droits subjectifs (capacité d'exercice)²²¹ ». Une seconde approche de ce terme fait apparaître la capacité comme « la projection de la capacité juridique, ou aptitude idéale, sur le plan de la réalité vécue. Il s'agit de l'aptitude des personnes à l'acquisition et à l'exercice des droits subjectifs correspondant à leur situation concrète et

²²⁰ Voir AUDIT (B.), *Droit international privé*, Coll. Droit Civil, 3^{ème} éd., Economica, 2000, n° 116, page 102.

²²¹ Voir TOPOR (L.), *Recueil Dalloz Civ.*, V^{is} Etat et capacité des personnes, n° 296. Pour une transposition de cette analyse aux personnes morales, voir GUYON (Y.), *Droit des affaires, droit commercial et général des sociétés*, T. 1, collection droit des affaires et de l'entreprise, série Enseignement, 11^{ème} éd., Economica, 2001, n° 186 page 191.

juridique. La capacité juridique est, alors, en rapport direct avec l'état des personnes²²² ». La capacité juridique est ainsi perçue comme une conséquence directe de l'état des personnes. Dès lors, et a contrario, l'incapacité est l'inaptitude²²³, qui tient compte de certaines caractéristiques concrètes des personnes. Faisant partie de la personnalité elle-même, la capacité juridique est la règle, alors que l'incapacité juridique est toujours une exception. Il en découle qu'elles doivent toujours résulter de textes, dont l'interprétation doit, de surcroît être restrictive. A cet égard, les adages « pas d'incapacité sans textes » et « les incapacités ne se présument pas et sont de droit étroit »²²⁴ sont révélateurs. Pour autant, les incapacités juridiques ne doivent pas être confondues avec d'autres restrictions à la jouissance ou à l'exercice des droits. Tel est le cas de l'interdiction. La distinction tient d'abord au fait que l'interdiction procède de l'idée de défense, de prohibition²²⁵. Elle tient ensuite au fait que les incapacités juridiques sont toujours prononcées en considération d'éléments qui touchent à la personne de l'intéressé (âge, moralité, extranéité pour les incapacités de jouissance ; âge, moralité ou affaiblissement des facultés mentales ou corporelles pour les incapacités d'exercice). En revanche, l'interdiction repose sur des impératifs qui ne concernent pas la personne de ceux qui la subissent²²⁶. Et c'est bien d'interdiction dont il doit être question pour caractériser les restrictions opérées par la loi bancaire et la loi de modernisation des activités financières.

66. Les monopoles bancaires et financiers lèvent tous des interdictions. La loi bancaire, tout comme la loi M.A.F., édicte des interdictions à l'encontre des établissements qui n'ont pas obtenu l'agrément requis. En effet, l'article 10 de la loi bancaire, devenu l'article L.511-5 du Code monétaire et financier, dispose : « il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel. Il est, en outre, interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme ». De même, l'article 14 de la loi bancaire, devenu aujourd'hui l'article L.511-8 du Code monétaire et financier, dispose : « il est interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit d'utiliser une dénomination, une raison sociale, une publicité ou d'une façon générale des expressions faisant croire qu'elle est agréée en tant qu'établissement de crédit, ou de créer une confusion en cette matière. Il est interdit à un

²²² Voir TOPOR (L.), *Op. cit.*, n° 297.

²²³ Voir en ce sens CORNU (G.) *et alii*, Vocabulaire juridique, *Op. cit.*, V° incapacité.

²²⁴ Sur l'importance de ces adages, voir TOPOR (L.), *Op. cit.*, n° 299 et les références citées.

²²⁵ *Ibidem*, V° interdiction.

²²⁶ Voir TOPOR (L.), *Op. cit.*, n° 300. Il est donc absolument regrettable que le livre blanc du secrétariat général de la Commission Bancaire fasse mention de « capacité à agir du prestataire »... Voir COMMISSION BANCAIRE, Livre blanc, décembre 2000, Internet, quelles conséquences prudentielles ? <http://www.banque-france.fr/fr/telnomot/infobafi/lbinet.pdf>. Cela est d'autant plus curieux que le rédacteur de ce rapport n'envisage absolument pas d'appliquer la loi française à l'étranger du seul fait de la « nationalité » française de la banque exerçant à l'étranger. Les critères sont tout autres.

établissement de crédit de laisser entendre qu'il appartient à une catégorie autre que celle au titre de laquelle il a obtenu son agrément ou de créer une confusion sur ce point ». Précisons encore que ces dispositions font partie d'un chapitre II intitulé « interdictions », et non pas « incapacités ». Nous avons rappelé qu'une incapacité ne se présumait pas : l'absence de référence des textes à la notion d'incapacité, conjuguée avec le recours à la notion d'interdiction permet de lever toute ambiguïté quant à la qualification à donner aux monopoles bancaires en droit interne. La loi de Modernisation des Activités Financières se situe strictement dans le même esprit, et dans la même lettre. L'article 21 de cette loi, devenu, d'après l'ordonnance n° 2000-1223 précitée, l'article L. 531-10 du Code Monétaire et financier, dispose : « sous réserve des dispositions de l'article L. 421-8, il est interdit à toute personne autre qu'un prestataire de services d'investissement de fournir à des tiers des services d'investissement, à titre de profession habituelle ». Encore une fois, le terme d'incapacité a été délaissé, pour lui préférer celui d'interdiction. Quant à l'article L.531-11, il dispose que : « Il est interdit à toute entreprise autre qu'une entreprise d'investissement d'utiliser une dénomination, une raison sociale, une publicité ou, d'une façon générale, des expressions faisant croire qu'elle est agréée en tant qu'entreprise d'investissement, ou de créer une confusion en cette matière. Il est interdit à une entreprise d'investissement de laisser entendre qu'elle appartient à une catégorie autre que celle au titre de laquelle elle a obtenu son agrément ou de créer une confusion sur ce point. » Ces deux textes, dans la droite ligne de ce que nous avons pu observer pour la loi bancaire, sont situés dans une section intitulée « interdictions ». Il faut toutefois rappeler que s'agissant de la loi M.A.F., tout ne s'est pas réalisé sans heurt.

67. Errements lors des travaux préparatoires de la loi M.A.F. L'article 4-I du projet de loi n° 157, mettait en place une véritable autorisation de principe dans les termes suivants : « les services d'investissement ne peuvent être fournis à titre de profession habituelle à des tiers que par des prestataires de services d'investissement remplissant les conditions définies au présent chapitre ». Cet alinéa du texte a, là encore, fait l'objet de sévères critiques par la commission des finances. Aux fins d'aligner le dispositif sur celui de la loi bancaire, il a été proposé que cette obligation soit prise sous la forme d'une interdiction et non pas sous la forme « d'un monopole²²⁷ ». Cet argumentaire nous apparaît tout à la fois exact et désastreux. En effet, la volonté de préserver une sorte de parallélisme des formes entre des législations au contenu, somme toute, très voisin est louable. Cela peut expliquer la volonté d'utiliser expressément l'interdiction plutôt que l'autorisation, comme cela avait été réalisé pour la loi bancaire. En revanche, le recours à l'idée de monopole plutôt qu'à celle d'autorisation nous paraît maladroit²²⁸. En effet, la position exprimée par la commission conduit à dénier à la prestation de services d'investissement tout caractère monopolistique. C'est pourtant bien d'un monopole qu'il s'agit. C'est pourquoi, selon nous, la rédaction de la position de la commission eût été mieux inspirée dans les termes suivants : « [la commission] estime également souhaitable de reprendre cette obligation sous la forme d'une interdiction et non sous la forme d'une autorisation de principe ». Il reste que la commission a conclu à l'annulation de ce texte,

²²⁷ Voir en ce sens rapport MARINI, n° 254 (1995-1996), page 74.

²²⁸ Voir *infra* n° 69.

tout comme le volet pénal de l'article 4. La commission des lois a formulé, en des termes très voisins, les mêmes griefs que ceux de la commission des finances²²⁹. Elles ont été entendues, car c'est ainsi que la loi M.A.F. a été construite, c'est-à-dire qu'une interdiction a été mise en place. Et c'est ainsi que dans le projet de loi n° 2650, adopté par le Sénat en première lecture, une division nouvelle, intitulée « interdictions », vit le jour. Elle contenait des articles 10 sexies, septies et octies, et dont les dispositions ont été reprises dans la loi M.A.F. sans modification intéressant notre propos, respectivement aux articles 21 à 23.

68. Incapacités et interdictions : conceptions de droit international privé. En droit international privé, l'analyse de la capacité, telle que visée à l'article 3 du code civil, nécessite que quelques précisions soient apportées. Nous nous appuierons sur les réflexions de Phocion FRANCESCAKIS sur ce point²³⁰. La première observation à retenir est que selon lui, le terme de « capacité » est un terme imprécis, qui regroupe des éléments hétérogènes²³¹. Ceci implique que toutes les questions qui relèvent, en droit interne, de la capacité ne relèvent pas obligatoirement de la règle de conflit posée par l'article 3 alinéa 3. La seconde remarque est que les distinctions entre incapacités de jouissance et d'exercice peuvent être utilisées de manière tout à fait pertinente en droit international privé français²³². Ces deux précisions nous amènent à considérer les développements qu'il consacre au cas de la capacité des personnes morales. En effet, il affirme que la soumission de la capacité à la loi personnelle ne devrait pas s'entendre des personnes morales²³³. Arrêter le raisonnement à ce stade pourrait suffire, car la loi bancaire, tout comme la loi M.A.F., ne vise que les seules personnes morales comme étant susceptibles d'être titulaires des monopoles mis en place²³⁴. Par conséquent, toute référence à une quelconque incapacité semblerait exclue en la matière. Mais il convient, pour être complet, d'ajouter que le résultat serait identique si le terme de « capacité » pouvait recevoir application pour les personnes morales. En effet, selon FRANCESCAKIS²³⁵, il n'y aurait pas lieu d'appliquer la loi personnelle. Certes, ce qui pourrait être apparenté à l'état des personnes morales (la reconnaissance de leur personnalité

²²⁹ Voir Rapport JOLIBOIS, n° 264 (1995-1996) précité, *loc. cit.*

²³⁰ Voir FRANCESCAKIS (Ph.), *Recueil Dalloz Int.*, précité, n° 1 à 15.

²³¹ *Ibidem*, n° 5 et 6 et les références.

²³² *Ibidem*, n° 10.

²³³ *Ibidem*, n° 13 à 15. Dans le même sens, voir LOUSSOUARN (Y.), *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse, Paris, 1949, page 89. Voir encore PILLET (A.), *Des personnes morales en droit international privé*, Paris, 1914, n° 73 bis et suivants. Pour une opinion contraire, voir NIBOYET (J.P.), *Traité de droit international privé français*, Tome 5, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1948, n° 1564.

²³⁴ Voir l'article 1 de la loi bancaire, devenu l'article L.511-1 du Code monétaire et financier, ou encore l'article L.531-4 du même code concernant les prestataires de services d'investissements.

²³⁵ *Op. cit.* n° 14.

juridique) serait soumis à la loi de l'Etat de leur création, ce qui revient à l'application de la loi personnelle. Mais s'agissant de ce qu'il appelle « capacité de jouissance », l'auteur précité le soumet « à la loi française », laquelle ne semble pas être, sous sa plume, la loi personnelle. Il nous semble que cette rédaction ne soit pas très heureuse, car elle n'apparaît pas suffisamment explicite. En effet, il se pourrait que FRANCESKAKIS ait voulu, par l'emploi des termes « loi française », désigner plus généralement la loi de l'Etat dans lequel la jouissance d'un droit est revendiquée. A tout le moins, il paraît probable que cette loi est, dans l'esprit de FRANCESKAKIS, distincte de la loi de l'Etat de création de la personne morale, qu'il considère comme loi personnelle. Indépendamment de cette opinion doctrinale, la doctrine moderne et la jurisprudence ont été amenées à trancher la question de la qualification des monopoles professionnels.

69. Positions de la doctrine : qualification d'interdiction de jouissance. Le Professeur Thierry BONNEAU s'est attaché à distinguer la notion de monopole de celle d'agrément²³⁶. Selon lui, l'agrément « est un acte permissif, une autorisation individuelle destinée à permettre, au moyen d'un contrôle préalable, de lever une interdiction d'exercice, alors que le monopole, qui réside en une obligation de ne pas faire à la charge de ceux qui n'en bénéficient pas, caractérise une interdiction de jouissance. Il en est ainsi parce que dans le système de l'agrément, la jouissance de la prérogative est a priori reconnue même si son exercice n'est possible que si l'autorisation est donnée, tandis que dans le système du monopole, les personnes assujetties à l'interdiction ne disposent d'aucune prérogative et ne possèdent pas de vocation à développer l'activité prohibée. La distinction de l'agrément et du monopole qui repose ainsi sur la nature de l'interdiction – de jouissance ou d'exercice – et l'esprit des institutions – permissif ou prohibitif – n'est nullement remis en cause par les dérogations dont le monopole peut être assorti : car la dérogation, qui ne nécessite aucune décision individuelle – elle est légalement prévue – vient lever une interdiction de jouissance alors que l'agrément vient lever une interdiction d'exercice. Cette différence explique que l'agrément puisse être combinée avec le monopole... » Il faut retenir de cette distinction qu'en aucun cas, M. le Professeur Thierry BONNEAU ne se réfère à la notion d'incapacité pour qualifier les monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement. Il n'a en effet recouru, tout au long de ses développements, qu'à la seule notion d'interdiction, dans le prolongement de ce que nous avons établi précédemment. Il ne peut en être autrement, car la nationalité, l'âge, par exemple, ne justifient pas la restriction faite à la jouissance de leurs droits par les établissements de crédit²³⁷. Cette opinion doctrinale peut être rapprochée des travaux de Béatrice THULLIER, laquelle remarque que : « l'interdiction de principe peut se manifester de diverses manières. Elle peut être posée par une disposition telle que « il est interdit de... » ou par une disposition qui sanctionne pénalement tel agissement »²³⁸. Les monopoles bancaires et financiers répondent à ces deux critères : non seulement la disposition qui les instaure est rédigée en ce sens, mais leur violation est toujours assortie de sanctions pénales. En effet, l'article L.571-3 du Code monétaire et financier dispose, relativement aux établissements de crédit, que « Le fait, pour toute

²³⁶ Voir la contribution de Thierry BONNEAU, monopole bancaire et monopole des prestataires de services d'investissement, in MATTOUT (J.P.) et VAUPLANE (H. de) (sous la direction de), *Droit bancaire et financier*, Mélanges A.E.D.B.F.-France, t. I, Banque éditeur, Paris, 1997, pp. 37 à 52, spécialement page 38.

personne, de méconnaître l'une des interdictions prescrites par les articles L. 511-5 et L. 511-8 est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende. Le tribunal peut ordonner l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du Code pénal ». De même, à propos des prestataires de services d'investissement, l'article L.573-1 du même code dispose que : « I. - Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende le fait, pour toute personne physique; 1. De fournir des services d'investissement à des tiers à titre de profession habituelle sans y avoir été autorisée dans les conditions prévues à l'article L. 532-1 ou sans figurer au nombre des personnes mentionnées à l'article L. 531-2; 2. D'effectuer des négociations ou des cessions autres que celles mentionnées aux six derniers alinéas de l'article L. 421-7, sur le territoire national, et portant sur des instruments financiers admis aux négociations sur un marché réglementé sans recourir à un prestataire de service d'investissement, ou lorsque ces opérations sont effectuées sur un marché réglementé, à un membre de ce marché ». A la lumière de ces textes, ces opinions doctrinales, qu'elles s'intéressent à la nature du monopole ou qu'elles nous indiquent les éléments permettant de reconnaître une interdiction, nous conduisent à affirmer que les monopoles étudiés lèvent une interdiction et non une incapacité²³⁹. Qui plus est, cette restriction intéresse la

²³⁷ Du même coup, la question de la condition des étrangers se trouve exclue. En effet, ce domaine repose sur l'étude de la jouissance des droits accordée aux étrangers. Voir pour une définition de ce domaine d'investigations BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, t. 1, 8^{ème} éd., 1993, L.G.D.J., Paris, n° 159, page 239. Il est exact que cette restriction peut être opérée pour des motifs de sauvegarde de l'économie nationale, afin d'éviter que ses principaux leviers ne se trouvent entre des mains étrangères. Voir en ce sens GUIMEZANES (N.), *Juriscl. Civil*, Fasc. 18, Condition des étrangers en France, Droits professionnels, activités commerciales, industrielles et artisanales, n° 60. Cet auteur considère qu'une telle restriction existe s'agissant du monopole bancaire (*ibidem*, n° 78 à 84). Mais nous objecterons qu'aucun critère de nationalité n'est prévu par la loi bancaire pour justifier l'interdiction de jouissance qui frappe les établissements non agréés. Cet auteur estime encore qu'un contrôle d'opportunité est réalisé par le C.E.C.E.I., ce qui peut être défavorable aux établissements de crédit dont les promoteurs sont étrangers. Nous reviendrons sur ce point, mais il ne nous semble pas possible d'amalgamer dispositions légales et tolérance de l'autorité de tutelle de la profession pour justifier l'adoption d'une règle de droit international privé consistant à affirmer que les établissements de crédit étrangers ne peuvent exercer sur le sol français les mêmes activités que les établissements de crédit nationaux.

²³⁸ Voir THULLIER (B.), *L'autorisation, étude de droit privé*, Bibliothèque de droit privé, t. 252, L.G.D.J., Paris, 1996, n° 104, page 74. Il faut toutefois préciser, pour être complet, que les travaux de cet auteur, s'agissant de l'interdiction d'exercice, aboutissent parfois à la qualification d'interdiction d'exercice, parfois à la qualification d'obligation de ne pas faire. En revanche, aucune assimilation n'est possible, toujours selon cet auteur, entre incapacité et interdiction dès lors que l'on s'intéresse à la jouissance des droits. Voir en ce sens *Op. cit.*, n° 171 et suivants.

²³⁹ A propos des caractéristiques générales des législations bancaires, E. MERSCH affirme qu'en contrepartie des règles auxquelles les banques reconnues sont tenues de se soumettre, la loi *interdit* normalement aux organismes qui ne satisfont pas à ces exigences de faire usage, dans leur dénomination sociale, du terme « banque » ou « banquier ». Voir MERSCH (E.), Aspects des législations bancaires, in *En hommage à Léon GRAULICH, ses anciens élèves*, Faculté de Droit de Liège, 1957, pp. 235 à 256, spécialement page 241 ; voir également STOUFFLET (J.), *Juriscl. Banque et crédit*, Fasc. 120, Banque et opérations de banque en droit international, n° 4 et 5 pp. 3 et 4, qui affirme très nettement que les monopoles mis en place ne sauraient être qualifiés d'incapacité. Voir également PELTIER (F.) et FERNANDEZ-BOLLO (E.), *Juriscl. Banque et crédit*, Fasc. 50, Structures, réglementation, et contrôle public des professions bancaires, Structures et conditions d'accès, n° 15 à 18.

jouissance des droits, et non leur exercice.

70. Position de la jurisprudence. Dans des arrêts rendus respectivement le 19 novembre 1991 et le 27 février 1996, la chambre commerciale de la Cour de Cassation s'est prononcée en ce sens. Les faits étaient les suivants. Des clients s'étaient approvisionnés en matériels divers auprès d'une S.A.R.L. D.P.M., société de droit français qui n'avait pas la qualité d'établissement de crédit. Des contrats de crédit-bail furent conclus directement entre la société et les clients, sans recourir aux offices d'une société de crédit-bail. Les clients firent valoir, pour obtenir la nullité du contrat en litige, que la S.A.R.L. n'avait pas la qualité d'établissement de crédit. La Cour leur a donné raison. Concernant notre réflexion, l'arrêt de 1996 est des plus révélateurs. En effet, il était soutenu, dans l'un des moyens de cassation propres à cette espèce, que le fait pour une personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer à titre habituel des opérations de crédit-bail en infraction avec la législation bancaire ne caractérisait nullement un défaut de capacité – contrairement à ce qu'affirmait la Cour d'Appel²⁴⁰ – ni la défaillance d'aucune autre condition de formation du contrat. Par suite, la sanction prononcée ne pouvait être la nullité du contrat. La Cour de Cassation a procédé par substitution de motifs pour entériner l'arrêt de la Cour d'Appel en ce qu'il a prononcé la nullité des contrats en cause. Mais elle a admis la pertinence du grief : « attendu [...] qu'après avoir constaté que la société D.P.M. n'avait pas la qualité d'établissement de crédit, la cour d'appel a pu décider que le contrat conclu en infraction à la réglementation était nul ; que par ce motif de pur droit substitué au motif justement critiqué, l'arrêt se trouve légalement justifié... »²⁴¹. Il en découle que selon la Haute juridiction, le monopole des établissements de crédit ne s'assimile pas à la levée d'une incapacité. Par suite, il n'y a pas lieu d'appliquer la loi personnelle en se fondant sur l'article 3, alinéa 3 du code civil. Dès lors, l'application de l'article 3 du code civil aux monopoles professionnels étudiés ici suppose que l'on vérifie que l'alinéa 1 de ce texte s'applique. En d'autres termes, il faut vérifier que les dispositions pertinentes sont dites « de police ».

B) Les monopoles professionnels relèvent de la catégorie des dispositions de police

71. Intérêt de la recherche. Nous rappellerons tout d'abord que l'article 3 alinéa 1 du code civil dispose que : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ». Et ce indistinctement, c'est-à-dire sans condition de nationalité ou de confession. Les travaux préparatoires relatifs à ce texte sont, à cet égard, plus

²⁴⁰ Voir le rappel des moyens de cassation relatifs à cet arrêt *in* CD-Rom Lexilaser Cassation, volume III, second moyen de cassation. La cour d'appel de Reims avait en effet estimé, dans son arrêt rendu le 8 février 1994, en audience solennelle, que « l'interdiction pesant sur toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer à titre habituel des opérations de crédit-bail protège(ait) non seulement l'intérêt général et celui des établissements de crédit, mais aussi celui des crédit-preneurs ; qu'(étaient) dès lors recevables les actions engagées par eux et tendant à l'annulation des conventions conclues en infraction à la règle précitée ; que la nullité du contrat litigieux pour défaut de capacité (Code civil, articles 1108 et 1123) oblige(ait) (le crédit-preneur) à restituer à son cocontractant les traites détenues en sa possession ».

²⁴¹ Voir Cass. Com. 27 février 1996, *D. Affaires*, 1996, pp. 552 et 553, note X.

qu'éloquents. Il était question, dans une version du 4 thermidor an IX, de le rédiger comme suit : « la loi oblige indistinctement tous ceux qui habitent le territoire français. L'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède, et personnellement en tout ce qui intéresse la police pendant sa résidence »²⁴². A la faveur d'une intervention de TRONCHET, cet adverbe fut supprimé. Puis cette disposition, jugée trop vague par le Tribunat, fut remaniée, et la version actuelle fut adoptée²⁴³. Cette observation montre que ce texte devait s'appliquer uniformément sur tout le territoire, contrairement à l'alinéa 3 déjà étudié. Nous montrerons que le recours à la qualification de disposition de police peut permettre d'appliquer aux monopoles étudiés l'article 3 alinéa 1 du code civil, et, partant, de justifier, sous un autre angle que celui de la volonté du législateur exploré précédemment, de l'application territoriale desdits monopoles.

72. Démarche. D'abord, nous procèderons à l'identification, en tant que dispositions de police, des textes instituant les monopoles bancaires et financiers (1). Nous montrerons ensuite que justifier l'application territoriale des législations instaurant des monopoles professionnels par référence à la qualification de dispositions de police est nécessaire, mais n'est pas, en soi, suffisant. En effet, il existe un débat sur la territorialité de ces lois (2).

1) Qualification des dispositions analysées.

73. Démarche. Nous rappellerons les différents éléments permettant l'identification d'une disposition de police. De la sorte, nous pourrions démontrer leur existence au sein des dispositions régissant les monopoles professionnels, et ainsi les qualifier au regard de ce concept.

a Principes d'identification

74. Difficultés et méthode d'identification. M. le Doyen LOUSSOUARN a clairement énoncé que : « il n'y a pas de différence de nature entre les lois de police et les autres lois. Dans les Etats modernes, on peut dire que toute loi tend pratiquement à garantir des intérêts économiques ou sociaux [...] En réalité, il existe entre les lois de police et les autres lois une simple différence de degré, ce qui rend le clivage beaucoup plus difficile [...] S'agissant d'une question de degré, de mesure, la qualification de loi de police ne peut résulter que d'un examen concret de chaque disposition législative »²⁴⁴. Il estime même que si les auteurs s'accordent à ne plus contester l'existence même de ces lois, cet accord cesse dès lors qu'il est question de rechercher des critères susceptibles de permettre leur identification²⁴⁵. Il est vrai que, bien souvent, le législateur ne confère pas explicitement ce caractère aux dispositions qu'il édicte. Aussi, c'est à la doctrine et,

²⁴² Voir X..., Conférence du Code civil..., préc., page 23.

²⁴³ *Ibidem*, page 25 *in fine*.

²⁴⁴ Voir LOUSSOUARN (Y.), Cours général... précité, *loc. cit.*

²⁴⁵ Voir LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 1999, page 124 *in limine*.

surtout, à la jurisprudence²⁴⁶ qu'il est revenu de rechercher des procédés d'identification. MM. les Professeurs Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ proposent de rechercher si le but que la loi s'assigne impose son application indépendamment de toute règle de conflit. Mais pour que ces lois soient applicables, il faut que la situation soumise au juge mette en cause, par sa localisation dans l'espace, l'organisation politique, sociale ou économique d'un pays²⁴⁷. Le Professeur Bernard AUDIT observe que souvent, ces lois se situent à la frontière du droit public, et que des organes administratifs plutôt que juridictionnels sont amenés à participer à leur application²⁴⁸. Mais, et cela ressort des observations de cet auteur, ces éléments ne constituent qu'une tendance, sans toutefois s'analyser comme des critères infaillibles d'identification. Selon lui, l'élément déterminant est le but de la disposition. Il affirme en effet que « dans tous les cas, le but visé commande le critère d'application de la loi de police donnée »²⁴⁹. Mais même par ce moyen, il faut admettre que l'appréciation peut être empreinte de subjectivité. En effet, l'interprète – c'est-à-dire les juridictions – verra plus facilement qu'un texte vise à satisfaire un objectif de police s'il est « porté à exalter l'organisation étatique par rapport à l'utilité privée »²⁵⁰. A l'inverse, un interprète plus libéral peut estimer que la même disposition n'est pas de police. MM. HOLLEAUX, FOYER et De GEOUFFRE de la PRADELLE définissent les lois de police comme celles dont « la fonction sociale exige l'applicabilité immédiate dans un domaine minimum, indépendamment des règles de conflits de lois »²⁵¹. Ils ont rappelé un certain nombre de ces lois, sans prétendre à l'exhaustivité²⁵². Ils n'envisagent cependant pas le cas de la législation applicable aux monopoles professionnels. D'autres auteurs ont mené des tentatives d'identifications fondées sur l'observation de la jurisprudence française²⁵³.

²⁴⁶ Voir C.I.J., 28 novembre 1958, affaire *Boll*, (Pays-bas c/Suède), BATIFFOL (H.) et FRANCESCAKIS (Ph.), L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé, *R.C.D.I.P.*, 1959, pp. 259 à 276. Sur cette affaire, voir également, *R.C.D.I.P.*, 1958, pp. 626 et suivantes, note DROZ (G.A.L.) ; ou encore la communication au Comité français de droit international privé de Mme le Professeur Marthe SIMON-DEPITRE, *T.C.F.D.I.P.*, 1963, pp. 109 et suivantes.

²⁴⁷ Voir en ce sens MAYER (P.), *Rep. Dalloz Int.*, V^{is} Lois de police, n° 3.

²⁴⁸ Voir AUDIT (B.), *Op. cit.*, n° 115, page 100.

²⁴⁹ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

²⁵⁰ Voir ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), note sous C.E., 29 juin 1973, *précité*, n° 12 page 513.

²⁵¹ Voir HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et GEOUFFRE de la PRADELLE (G. de), *Op. cit.*, n° 652. Dans le même sens, c'est-à-dire l'indépendance du procédé par rapport aux règles de conflits de lois, voir KARAQUILLO (J.P.), *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, P.U.F., Paris, 1977, n° 16bis, page 21. Pour une relativisation de ces griefs, voir MAYER (P.), *Rep. Dalloz Int.*, V^{is} Lois de police, n° 25. Pour l'affirmation de cette approche fonctionnelle, voir SERAGLINI (C.), *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, Paris, 2001, n° 3 page 2.

²⁵² Voir HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et GEOUFFRE de la PRADELLE (G. de), *Op. cit.*, n° 653.

²⁵³ Voir en ce sens KARAQUILLO (J.P.), *Op. et loc. cit.*.

75. Méthode d'identification – position de la jurisprudence. Nous avons déjà évoqué une espèce, ancienne, dont l'apport quant à l'identification des lois de police doit être souligné ici. L'arrêt dont il s'agit est celui que rendit la Cour de Cassation, le 22 mars 1806. Cet arrêt qualifie une disposition légale de loi de police en fonction de son but. En effet, les motifs de cet arrêt sont très éclairants : « attendu qu'il résulte du texte précis de [la loi du 26 germinal an XI], que l'intention du législateur a été [...] d'interdire désormais toute demande en nullité des divorces prononcés antérieurement, Attendu, au surplus, que le Sieur Macmahon ne peut pas se soustraire à l'application de cette loi, sous le prétexte qu'il est étranger, non soumis à la législation française, parce qu'en se pénétrant des considérations à la fois politiques et morales qui ont dicté la loi du 26 germinal, ainsi que des circonstances dans lesquelles elle a été rendue, il est impossible de ne pas y reconnaître une disposition d'ordre public, ayant pour but [...] de proscrire des recherches tendant à perpétuer des agitations et des souvenirs qu'il convient essentiellement d'éteindre ; que sous ce rapport, elle doit être considérée comme une véritable loi de police... ». Tout y est : l'intention du législateur, le caractère essentiel du but affiché par cette loi, permettent de déduire que le juge saisi était en présence d'une loi de police. Le caractère très ancien de cette décision en fait, avec le recul du temps, une décision capitale, bien que maladroite à certains égards ²⁵⁴. La jurisprudence est, depuis, constante et semble assez claire, tout au moins sur la nécessité d'analyser le but d'une disposition afin de la qualifier comme étant de police. Elle recherche les objectifs poursuivis par la disposition en litige ²⁵⁵. En revanche, les résultats auxquels elle parvient peuvent parfois sembler curieux, voire sibyllins, en l'absence totale de justification de la prise de position ²⁵⁶. En définitive, c'est en mettant en évidence l'objectif de la disposition étudiée que l'on pourra dire si elle est de police. Il faut cependant préciser que cette démarche ne peut être systématiquement menée sur une loi en son intégralité.

76. Portée de la qualification. Dire systématiquement qu'une loi est, en son entier, une loi de police constitue, à notre sens, une aberration. Bien que cette dénomination soit passée dans le langage juridique couramment usité, l'évolution de la notion, dont nous avons traité précédemment, nous conduit à raisonner au niveau de chaque disposition, et non de la loi en son entier ²⁵⁷. Ainsi, nous aurons l'occasion de montrer que les

²⁵⁴ Nous lui reprocherons d'entretenir la confusion qui a longtemps régné entre lois de police et ordre public. Dans le même sens, voir VAN DER ELST (R.), *Op. cit.*, t. 1, n° 12, page 43, qui reconnaît le caractère crucial de cet arrêt, tout en y apportant les mêmes critiques.

²⁵⁵ Voir par exemple C.E. (assemblée) 29 juin 1973, *compagnie internationale des wagons-lits* précité, avec la note précitée de Messieurs ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y). Le Conseil d'Etat recherche très clairement les intentions du législateur et en déduit l'application immédiate, sans jamais employer les termes de « loi de police ». A signaler toutefois que le Conseil d'Etat a modifié la teneur du texte en cause pour pouvoir l'appliquer en tant que disposition de police... voir en ce sens ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.) précité, n° 12, page 512 et les références.

²⁵⁶ Voir C.A. PARIS, 30 novembre 2001, Note Daniel MAINGUY *in D. & P.*, 2002, n° 105, pp. 111 et 112, pour un refus d'assimiler la loi du 31 décembre 1989, dite « loi DOUBIN », à une loi de police. Les critères retenus pour parvenir à une telle conclusion sont qualifiés par le commentateur de « peu hardis ». Pour une absence de justification, voir Cass. Civ. 1^{ère}, 19 octobre 1999, Mme Moquin c/ Deutsche Bank AG et autres, *R.C.D.I.P.*, 2000, pp. 29 à 34, note LAGARDE.

dispositions qui réglementent les monopoles bancaires et financiers peuvent être qualifiées de dispositions de police. Nous n'emploierons pas à l'endroit de ces textes la terminologie de « loi de police », nous lui préférons, pour les raisons que nous avons indiquées, celles de « disposition de police » ou encore de « règle de police ».

b Application aux dispositions instituant les monopoles bancaires et financiers.

77. Les principes dégagés par la doctrine et par la jurisprudence. La doctrine a, depuis bien longtemps, soutenu que « tout ce qui touche aux professions fait partie des lois de police »²⁵⁸. Les auteurs s'accordent pour appliquer la loi du lieu de l'exercice de l'activité professionnelle aux conditions de son exercice, à sa réglementation et son contrôle éventuels²⁵⁹. Dans le même ordre d'idées, une réponse ministérielle du 10 juin 1985 soumet les établissements de crédit exerçant en France à l'obligation de faire connaître aux cautions le montant annuel des intérêts encourus²⁶⁰. Cette réponse énonce clairement que l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 est une disposition impérative, et fait partie de la législation professionnelle des établissements de crédit, et doit donc s'appliquer à « tous ceux de ces derniers qui exercent en France et auxquels un cautionnement a été consenti »²⁶¹. M. Raymond VAN DER ELST²⁶² tient pour évident le rattachement²⁶³ des monopoles professionnels aux lois de police. Pour étayer son propos, il relève un arrêt ancien qui consacrait très exactement ce principe, s'agissant du monopole bancaire en principauté de Monaco²⁶⁴. Les faits de l'espèce étaient les suivants. Un sieur Reyneri, ès qualité de directeur de la Banque populaire de Menton,

²⁵⁷ Voir en ce sens MAYER (P.), Les lois de police, *T.C.F.D.I.P.*, 1985, journées du cinquantenaire, pp. 104 à 114, et les débats relatifs à son intervention pp. 115 à 120, spécialement page 118. L'auteur, à la suite d'une observation de M. le Professeur Philippe MALAURIE visant à opérer cette rectification, indique très clairement qu'il est préférable de parler de règles de police. Il prend également l'exemple de la loi QUILLIOT, qui contient certaines règles non de police.

²⁵⁸ Voir BATIFFOL (H.), La capacité du commerçant étranger en France, *T.C.F.D.I.P.*, 1935, pp. 132 à 170, spécialement page 170. Pour une opinion similaire, voir VOS (L. de), *Le problème des conflits de lois, cours de droit international privé belge*, t. II, Bruylant, Bruxelles, 1947, spécialement n° 691.

²⁵⁹ Voir VAN DER ELST, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, t. II, responsabilité civile, quasi-contrats, police des actes juridiques, des professions, du travail, et autres institutions rattachées aux lois de police et de sûreté, éditions du Recueil Sirey, Paris, 1963, n° 154, page 415, et les références.

²⁶⁰ Voir J.O. A.N., débats, questions, 22 juillet 1985, p. 3436 ; voir également MAYER (P.), *Rep. Dalloz Int.*, V^{is} Lois de police, n°15 ; et voir R.C.D.I.P., 1986, pp. 178 et 179.

²⁶¹ Nous verrons ultérieurement que l'identification du lieu de l'exercice de l'activité professionnelle peut soulever d'épineuses difficultés, nous y reviendrons lors de notre seconde partie consacrée à la localisation.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ Sur l'inadéquation de ce terme en matière de dispositions de police, voir *infra* n° 446 et suivants.

avait effectué des recouvrements et encaissements sur le territoire monégasque. Or, un monopole avait été concédé à un sieur Morley Unwin, par le Prince de Monaco. Le bénéficiaire de ce privilège – consenti à titre de mesure individuelle, et non pas catégorielle, comme c'est le cas pour les monopoles que nous connaissons aujourd'hui – assigna le sieur Reyneri en paiement de dommages intérêts en réparation du préjudice subi du fait de la violation de son monopole. La chambre des requêtes devait rejeter cette prétention parce qu'elle violait les dispositions de la loi du 2 mars 1791, défendant de restreindre l'exercice du commerce. La Cour retient précisément qu'elle ne peut avoir compétence pour attribuer des dommages intérêts pour contravention commise à l'étranger à une ordonnance y ayant force obligatoire, lorsque cette ordonnance est contraire à l'ordre public français, en l'espèce la loi du 2 mars 1791 précitée. Il est donc sous-entendu qu'en l'absence d'une telle contrariété à l'ordre public, la cour aurait peut-être accepté de donner plein effet à l'ordonnance dont il s'agit. C'est pourquoi cette décision, estime VAN DER ELST, suivi en cela par le M. le Professeur Jean-Pierre KARAQUILLO²⁶⁵, consacre l'assimilation du monopole bancaire (même s'il prend la forme d'une mesure individuelle) à une disposition de police.

78. Recherche des éléments caractéristiques – loi bancaire. Les dispositions mettant en place les monopoles bancaires et financiers ont été écrites pour protéger deux types d'intérêts : les intérêts de l'Etat d'une part, et ceux des épargnants d'autre part. Cette sauvegarde vise à protéger l'économie française, en ce que la création et la circulation de monnaie, quelle qu'en soit la forme, sont confiées à un seul et même secteur. Les travaux préparatoires, sont, à cet égard, beaucoup plus prolixes que pour les questions traitées antérieurement. Dès l'exposé des motifs du projet de loi n° 486²⁶⁶, le ton est donné, en ce sens que les établissements de crédit constituent le support privilégié de la politique économique, qu'il s'agisse de maîtriser les grands équilibres – à travers la politique monétaire et du crédit – ou d'assurer le financement des investisseurs²⁶⁷. En clair, les établissements de crédit sont un des leviers de la politique française, permettant d'assurer le succès de la politique de lutte contre le chômage, par exemple. A titre de parallèle, la jurisprudence récente a déjà eu l'occasion d'appliquer la loi SCRIVENER du 10 janvier 1978 sur le crédit à la consommation au titre des dispositions de police²⁶⁸. Tout récemment, l'article 10 de la loi bancaire, devenu l'article L.511-5 du Code monétaire et financier, a été appliqué par la Cour de cassation, au titre des

²⁶⁴ Voir Cass. 29 mai 1894, note DESPAGNET ; De Villeneuve. 1894, I, pp. 481 à 483, note critique Ch. LYON-CAEN ; dans le même sens, voir Cass. 4 septembre 1940, S. 46.1.6.

²⁶⁵ Voir KARAQUILLO (J.P.), *Op. cit.*, n° 409 à 414, spécialement n° 413. Cet auteur est en désaccord profond avec VAN DER ELST, mais sur des points qui ne nécessitent pas de développements dans cette partie de nos travaux. Les deux auteurs ont des analyses similaires quant au problème qui nous préoccupe ici.

²⁶⁶ *Op. cit.*, pp. 2 et 3, *passim*. Il y est notamment relevé que la loi bancaire avait pour ambition de « rénover le cadre juridique et institutionnel dans lequel s'insère l'activité des établissements de crédit comme l'action des autorités monétaires et de contrôle ».

²⁶⁷ Voir PELTIER (F.) et FERNANDEZ-BOLLO (E.), *Juriscl. Banque et crédit*, Fasc. 50, Structures, réglementation, et contrôle public des professions bancaires, Structures et conditions d'accès, n° 6.

dispositions de police, sous le visa exprès de l'article 3 du code civil²⁶⁹. Par ailleurs, au delà du but de la loi, il est à noter que l'application des dispositions étudiées est confiée à une autorité particulière, le Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement (C.E.C.E.I.).

79. Recherche des éléments caractéristiques – loi M.A.F. Les buts que cette loi poursuit sont assez simples, s'agissant des monopoles des prestataires de services d'investissement. Il s'agit de sauvegarder la renommée et la fiabilité de la place de Paris vis-à-vis de l'étranger d'une part, et de protéger les intérêts des investisseurs d'autre part. Cette loi, tout comme la précédente, touche au circuit financier, l'un des moteurs de l'économie d'un pays. Là encore, l'application des dispositions qui nous intéressent est confiée à des autorités particulières, à savoir la Commission des Opérations de Bourse et le Conseil des Marchés Financiers, devenues ensemble l'Autorité des Marchés Financiers, depuis la loi du 1^{er} août 2003. Il en découle que les dispositions concernant les monopoles financiers comprises dans cette loi doivent s'appliquer au titre des lois de police. La doctrine a d'ailleurs constaté de grandes analogies entre la loi M.A.F. et la loi bancaire évoquée précédemment²⁷⁰.

80. Recherche des éléments caractéristiques – loi M.U.R.C.E.F. Par rapport aux deux lois étudiées précédemment, la loi M.U.R.C.E.F. présente presque un caractère anecdotique, compte tenu de l'hétérogénéité de son contenu. Cela étant, la disposition qui intéresse notre étude (l'article 30 – II) peut-elle être dite « de police » ? Par cette disposition, l'Etat français a tenu à agréer lui-même, sans passer par les fourches caudines du Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement, la Caisse d'Epargne et de Prévoyance de Nouvelle Calédonie. Si l'on s'arrête sur les buts affichés de la loi en son entier, l'on peut rester perplexe. En effet, Mme Nicole BRICQ, rapporteure²⁷¹ pour le Parlement, au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan, indique que : « le projet de loi [...] comprend 5 titres, présentant, chacun, une cohérence certaine. »²⁷² Suit un exposé des objectifs de chaque titre. Enfin, Mme BRICQ indique que « en définitive, ces mesures expriment une volonté économique

²⁶⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 19 octobre 1999, Mme Moquin c/ Deutsche Bank AG et autres, *R.C.D.I.P.*, 2000, pp. 29 à 34, note LAGARDE ; *Clunet*, 2000, pp. 328 à 341, note RACINE ; *D.* 2000, Jurisprudence, pp. 765 à 768, note AUDIT (M.). Nous soulignons que c'est bien l'ensemble de la loi SCRIVENER qui a été qualifiée comme étant une loi de police.

²⁶⁹ Voir Cass. Com., 4 juin 2002, Comptoir d'escompte de Belgique et autres c/ Ballongue et autres, disponible à l'adresse <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=195022&indice=4&table=INCA&ligneDeb=1>, voir encore Cass. Com. 11 janvier 2000, Chemoul et autres c/ Banque du Crédit Liégeois et autres, in *Lexislaw Cassation*, Juridisque LAMY, arrêt n° 121, Pourvoi n° 97-12.008.

²⁷⁰ Voir BONNEAU (Th.) (sous la direction de), *La modernisation des activités financières*, GLN-Joly, Paris, 1996, page 121, la contribution de Frédéric PELTIER, l'agrément et le contrôle prudentiel.

²⁷¹ Que les puristes de la langue française veuillent bien nous excuser : nous reprenons scrupuleusement l'orthographe qui figure au Journal Officiel...

²⁷² Sic ! Voir rapport BRICQ, n° 3028 précité, page 6.

et financière alors que va intervenir l'évolution fondamentale de l'euro ». Au travers d'un tel argumentaire, il paraît difficile de trouver un objectif unique à cette loi, comme nous l'avons souligné. De surcroît, il est également difficile d'y voir la préservation d'un quelconque intérêt. Il convient de centrer notre analyse sur un titre particulier, voire une disposition particulière pour retrouver un objectif qui puisse être analysé à l'aune de l'article 3 du code civil. Cette loi constitue un exemple des plus probants de ce que nous énoncions précédemment à propos de la nécessité de préférer la notion de disposition de police à celle de loi de police, parce que l'analyse, la qualification, se fait à l'échelle de l'article du texte et non à celle de la loi en son entier. Ainsi, l'article 30 a pour seul but d'aligner le régime juridique d'un établissement de crédit particulier sur celui du réseau des Caisses d'Epargne de la métropole, à la suite d'un oubli du législateur lors de l'élaboration d'un texte précédent. Cet article se situant dans un titre « dispositions diverses », et à la suite de dispositions portant harmonisation dans la perspective de la constitution d'un marché financier européen unifié, il paraît difficile de rechercher un objectif unique et cohérent pour le titre dont il s'agit – titre V du projet de loi²⁷³. Il serait donc intéressant de connaître la position des juges pour nous éclairer sur le caractère de police ou non de l'article 30 de la loi M.U.R.C.E.F. Une telle assimilation peut paraître impossible, compte tenu du fait que la disposition en litige n'a pour objet que de combler une lacune, sans chercher à protéger la politique sociale ou économique du pays. Il pourrait alors être intéressant de déterminer si les dispositions comprises dans la loi dont la lacune a été comblée sont elles-mêmes de police, mais cela pose une question de méthode : peut-on, pour savoir si une disposition est de police, avoir recours à l'analyse d'un autre texte ? Cela ne nous semble pas possible, et aboutirait sans doute à une extension non souhaitable du concept. Qui plus est, cette démarche irait à l'encontre de la méthode habituellement utilisée. Enfin, ce serait un faux problème, dans la mesure où l'article 30 de la loi MURCEF conduit à l'application sur une portion de territoire déterminée, d'une disposition qui est elle-même de police. Il en résulte, au final, que l'article L.511-5 du code monétaire et financier s'appliquera aussi en Nouvelle-Calédonie, au titre des dispositions de police, mais empruntera pour ce faire un moyen inhabituel.

2) Le débat sur l'application territoriale des lois de police

81. Présentation du débat. La notion de loi de police est, nous l'avons vu, délicate à définir. Le concept de territorialité n'est pas moins trouble, si bien que définir les lois de police en tant que lois d'application territoriale²⁷⁴ semble être une gageure²⁷⁵, ce qui a

²⁷³ Mme BRICQ ne parvient même pas, dans son rapport, à trouver pour ce titre une cohérence certaine, contrairement à ce qu'elle indiquait dans ses propos antérieurs. Voir le rapport BRICQ n° 3028 *précité*, page 6.

²⁷⁴ Voir FRANCESKAKIS (Ph.), *Rep. Dalloz Int.*, V^{is} Conflits de lois. (principes généraux), n° 129 à 135. L'auteur perçoit plusieurs sens au terme « territorialité ». Trois d'entre eux retiennent son attention : il s'agit d'abord de la fixation du domaine d'une loi sans égard aux personnes impliquées. Ensuite, ce terme recouvre le fait que la solution des conflits de lois se fonde sur la localisation des actes visés par la règle de droit. Enfin, le mot « territorialité » peut désigner le caractère territorial de l'emprise de l'Etat sur ses sujets. L'auteur relativise le caractère territorial des lois de police en admettant qu'elles puissent recevoir application pour des faits ou actes qui seraient, en partie, localisés à l'étranger. Voir spécialement le n° 133, et nos développements en deuxième sous partie, à propos de l'extraterritorialité des lois de police. Pour l'heure, nous nous intéressons à l'éviction du caractère personnel de ces lois.

parfois pu faire aboutir à des prises de position surprenantes²⁷⁶. Plus exactement, il n'est pas possible d'affirmer que toutes les lois territoriales sont des lois de police. Pour autant, qualifier une disposition comme étant « de police » ne conduit-il pas, eu égard aux dispositions de l'article 3 du code civil, à la reconnaissance d'une vocation à s'appliquer, en principe, en fonction d'un territoire, plutôt qu'en fonction de personnes ? Une application territoriale de principe semble s'imposer. Nous rappellerons à cet égard les propos de M. le Professeur Pierre MAYER, qui affirmait qu'une loi de police « n'est rendue applicable qu'aux situations présentant un certain lien spatial – il est normalement de nature territoriale – avec le pays dont elle émane »²⁷⁷. Le terme « normalement » pourrait laisser à penser que par exception, des critères personnalistes seraient susceptibles de s'appliquer. C'est ce qu'il convient de vérifier, au travers de deux exemples utilisés les auteurs qui affirment que les lois de police peuvent n'être pas territoriales. Nous évoquerons tour à tour le cas de la loi belge du 27 juin 1960 sur le divorce, et l'affaire du gazoduc sibérien. Nous évoquerons enfin une doctrine quelque peu déconcertante au regard de l'article 3 du code civil.

82. L'exemple de la loi belge du 27 juin 1960. Certains auteurs ont pu citer en exemple la territorialité des lois de police pour justifier leur propre définition de la territorialité²⁷⁸. L'article 3 du code civil ne semble par ailleurs pas inspirer le moindre doute à ce sujet, puisque son alinéa 1^{er} se réfère au territoire, pris en tant que champ d'application des lois – dispositions serait plus approprié – qualifiées de police. A priori, il ne devrait donc y avoir que des lois de police s'appliquant territorialement. Or, le Doyen LOUSSOUARN et le Professeur BOUREL constatent, en s'appuyant sur les travaux de Pierre GOTHOT, que les lois de police peuvent, parfois, n'être pas territoriales²⁷⁹ puisque le critère de rattachement forcé par la loi peut être un critère personnel. En effet, ces auteurs prennent l'exemple de l'article 2 de la loi belge du 27 juin 1960, qui dispose que :

²⁷⁵ Voir en ce sens LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, 6ème éd., Précis Dalloz, 1999, n° 128, pp. 126 et 127. Les mêmes, page 133, précisent toutefois que « l'emploi d'un critère comme la nationalité n'est pas systématiquement inutilisable, mais son emploi est extrêmement rare ».

²⁷⁶ Voir par exemple GUIMEZANES (N.), *Jurisl. Civil*, Fasc. 10, Condition des étrangers en France, introduction à l'étude de la condition des étrangers en France, n° 13 et 14. Nous reviendrons sur cette position.

²⁷⁷ Voir MAYER (P.), *Rep. Dalloz Int.*, V^{is} Lois de police, n° 3 ; dans le même sens, voir FALLON (M.), Note sous C.J.C.E., 23 novembre 1999, J.C. Arblade, Arblade & fils SARL, B et S Leloup et Sofrage SARL, Aff. Jointes 369/96 et 376/96, *R.C.D.I.P.*, 2000, pp. 710 à 737, spécialement page 729, où le commentateur affirme très nettement que l'applicabilité des lois de police répond à un critère de localisation territorial.

²⁷⁸ Voir CORNU *et alii*, *Op. cit.*, V° « territorialité ».

²⁷⁹ Voir LOUSSOUARN et BOUREL, *op. et loc. cit.* ; et voir GOTHOT (P.), Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, *R.C.D.I.P.*, 1971, pp. 1 à 36, pp. 209 à 243, et pp. 415 à 450, et spécialement page 217, note 1. Sur ce texte, voir également GRAULICH (P.), *Règles de conflit et règles d'application immédiate*, in Mélanges Jean DABIN, Sirey, Paris, 1963, pp. 629 à 644, spécialement page 634 ; ou encore VAN HECKE (G.), Principes et méthodes de solutions des conflits de lois, *R.C.A.D.I.*, 1969, I, pp. 399 à 569, spécialement page 453.

« dans le cas de mariage entre époux de nationalité différente mais dont l'un est belge, l'admissibilité du divorce est régie par la loi belge ». Cet exemple suffit donc, selon ces auteurs, à montrer que toutes les lois de police ne sont pas d'application territoriale parce que leur critère d'efficacité internationale peut être d'inspiration personnaliste. Certes, M. GOTHOT affirme que le critère d'application nécessaire de cette disposition est la nationalité d'un des conjoints, il s'agit donc d'un critère personnel. Nous ne formulerons sur ce point aucune objection. Mais nous soulignerons cependant que cet auteur précise surtout que cette loi est d'application immédiate. Cela paraît logique, puisque le législateur a expressément inclus dans ce texte la condition de son application à des relations internationales. M. GOTHOT n'affirme donc pas, à l'inverse de MM. LOUSSOUARN et BOUREL, qu'il s'agit d'une loi de police²⁸⁰. Or, nous avons vu que ces deux notions ne se recouvraient pas pleinement, les lois d'application immédiate pouvant ne pas être de police²⁸¹. Selon nous, la règle à déduire était donc que les lois d'application immédiate – plutôt que les lois de police – ne sont pas toutes territoriales. Qui plus est, la disposition dont il s'agit ne pourrait, à notre sens, être de police, dans la mesure où elle ne vise pas à la sauvegarde d'intérêts tels que le processus d'application doive se faire impérativement, par préséance à la loi éventuellement désignée par la règle savignienne de conflits de lois. Le caractère immédiat n'est conféré à cette disposition que par la volonté expresse du législateur, et non pas par le caractère suffisamment crucial des intérêts qu'elle défend.

83. L'affaire du gazoduc sibérien. Le professeur Bernard AUDIT remarque, quant à lui, qu'une loi de police donnée est d'application territoriale en ce sens que son application n'est assurée que de la part des autorités de l'Etat qui l'édicte. Il précise toutefois qu'une loi peut être appliquée comme loi de police en fonction d'un critère personnel. Il fournit l'exemple d'une interdiction d'exportation visant tous les nationaux de l'Etat qui l'édicte²⁸². Simplement, à lire la décision à laquelle il fait référence, il nous est apparu que là encore, le Tribunal ne faisait pas mention de lois de police, mais bien de lois impératives. Qui plus est, ledit tribunal vient dénier à la loi dont il s'agit (une loi américaine) toute possibilité de s'imposer par rapport à la *lex contractus*²⁸³, en l'absence de rattachements suffisants entre la loi des Etats-Unis et le contrat en litige. Le tribunal d'arrondissement de

²⁸⁰ Voir GOTHOT (P.), *op. et. loc. cit.*, voir également GRAULICH (P.), *op. et. loc. cit.*, ou VAN HECKE, *op. et. loc. cit.*. Ce dernier auteur n'évoque, à propos de cette loi, que l'impossibilité de bilatéraliser ce texte. La distinction entre lois d'application immédiate et lois de police ne convainc pas Mme DEBY-GERARD, de sorte qu'elle peut affirmer que la loi belge du 27 juin 1960 sur le divorce est un exemple de lois de police qui recèle des traces de privilège de nationalité. Nous avons établi, pourtant, que les dispositions de police n'étaient qu'une composante de la catégorie plus large des lois d'application immédiate. Voir DEBY-GERARD (F.), *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Thèse, Dalloz, Paris, 1973, n° 35, pp. 28 et 29, et n° 80, p. 59.

²⁸¹ Voir *supra* n° 54, note 201.

²⁸² Il s'agit du décret dit *Export Administration Regulation*, qui exige une autorisation écrite préalable à toute exportation de produits d'origine américaine vers l'ex-U.R.S.S.. Voir AUDIT (B.), *Op. cit.*, n° 116 page 101, et voir Tribunal d'arrondissement de la Haye, 17 septembre 1982, *R.C.D.I.P.*, 1983, pp. 473 à 479 (Affaire du *gazoduc sibérien*). Dans le même sens, voir HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et GEOUFFRE de la PRADELLE (G. de), *Droit international privé*, 1987, Masson, Paris, n° 649 p. 320, qui admettent que le critère de la nationalité ne joue que rarement, et ne citent d'ailleurs aucun exemple de texte le mettant en œuvre.

la Haye précise en effet que : « Selon les règles du droit international privé néerlandais, le juge néerlandais – même si le droit néerlandais est applicable à un contrat international comme dans le cas d'espèce – doit néanmoins dans certaines circonstances donner la priorité à certaines dispositions impératives du droit étranger par rapport au droit néerlandais. Parmi les circonstances qui obligent le juge néerlandais à accorder une telle priorité figure la condition que le contrat présente des facteurs de rattachement suffisants avec le pays étranger en question. Cette condition n'est pas remplie en l'occurrence ». Il est, à notre sens, possible de retirer un certain nombre d'observations de cette décision. D'abord, il n'est nullement question, dans ce jugement, de lois de police, mais de lois d'application nécessaire, notion plus vaste²⁸⁴. Il est patent que cette loi vise à la défense des intérêts de politique étrangère des Etats-Unis, puisque elle sanctionne toute exportation vers l'ex-U.R.S.S.. Il semble pourtant douteux que cette loi avait pour objectif de sauvegarder l'organisation politique, sociale, ou économique du pays, puisqu'elle avait pour but de sanctionner un pays, dans un contexte de guerre froide. Ensuite, le critère de rattachement voulu en l'espèce, à savoir la nationalité, n'est pas considéré comme suffisant pour permettre l'application de la loi américaine hors de son territoire. Enfin, la question à trancher n'était pas de savoir si telle loi de police s'appliquait personnellement ou territorialement, mais plutôt de déterminer dans quelles conditions un Etat pouvait soumettre l'un de ses justiciables à une loi – d'application immédiate – étrangère. Il s'agissait donc de trancher la question de l'application extraterritoriale des lois d'application immédiate, et plus précisément de l'admissibilité de l'application des lois impératives étrangères, pour le for néerlandais saisi²⁸⁵. Cela ne nous semble pas obligatoirement synonyme d'une application en fonction de critères personnels. Ce faisant, cette décision met en évidence le caractère dual du champ d'application territoriale des lois impératives, et cette observation vaut pour les lois de police. La première partie de ce champ se limite au territoire dans lequel ces lois s'appliquent impérativement, ou immédiatement. Et l'autre partie de ce champ recouvre les hypothèses dans lesquelles ces lois vont s'appliquer de manière supplétive, ou non immédiate. Telle est la position de MM. HOLLEAUX, FOYER et De GEOUFFRE de la PRADELLE²⁸⁶. Nous approfondirons la pertinence de cette opinion lorsque nous étudierons la spécificité de la méthode et des critères de localisation²⁸⁷.

84. Doctrine singulière. Nous évoquerons, à cet égard, la position adoptée par Mme le Professeur Nicole GUIMEZANES, selon laquelle « à l'heure actuelle, les étrangers

²⁸³ Voir *Ibidem*, page 479.

²⁸⁴ Voir *Supra* n° 54, note 201.

²⁸⁵ Voir en ce sens ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), note sous C.E., 29 juin 1973, précité, *Op. cit.*, n° 18 page 518. Ces auteurs qualifient « d'appétits abusifs » les velléités du législateur américain à faire appliquer l'embargo à l'encontre de l'ex-U.R.S.S., par des justiciables qui sont implantés à l'étranger.

²⁸⁶ Voir HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et GEOUFFRE de la PRADELLE (G. de), *Op. cit.*, n° 652.

²⁸⁷ Voir *infra* n° 438 et suivants.

jouissant en France de tous les droits qui ne leur sont pas refusés par un texte, [...] la question revient alors à déterminer la nature de ces textes. Il semble bien qu'il faille les qualifier de lois de police car en ne conférant certains droits qu'aux Français, et en excluant les étrangers, elles déterminent bien le champ d'application de la loi française. Au surplus, elles expriment une politique législative estimée nécessaire, à tort ou à raison, à la défense des intérêts de l'Etat et des citoyens »²⁸⁸. La présente position pose un problème de lecture de l'article 3 alinéa 1^{er} du code civil et semble issue d'une regrettable confusion. En effet, comment concilier le fait que les lois de police et de sûreté obligent ceux qui habitent le territoire – indépendamment de leur nationalité – avec le fait que les étrangers peuvent être interdits par certains textes de faire ce qui est permis aux français ? Il faut admettre l'idée que l'étranger qui ne sollicite ni ne se prévaut de la jouissance ou l'exercice d'un droit dans la zone d'application de la disposition de police ne saurait être atteint par ladite disposition. En revanche, dès lors que l'étranger sollicite la jouissance d'un droit ou l'exercice de ce droit sur le territoire d'application impérative de la disposition de police, alors il faut que le texte affirme clairement que la condition d'étranger du requérant peut être un facteur limitatif de la jouissance ou de l'exercice de ces droits. Le regret que nous exprimons à l'égard de la position que soutient Mme GUIMEZANES est qu'aucun exemple n'est donné quant au contenu de ces textes limitatifs. La jurisprudence dont elle se prévaut est antérieure aux travaux de FRANCESCAKIS²⁸⁹ visant à mettre en exergue les dispositions de police, et les commentateurs²⁹⁰ ne font aucune allusion à la nature des textes limitatifs des droits des étrangers. La démarche que Mme GUIMEZANES adopte nous semble donc discutable.

85. Conséquence sur l'application des dispositions régissant les monopoles bancaires et financiers. Nous avons établi que les règles étudiées pouvaient être qualifiées de dispositions de police. Dès lors, le champ d'application territoriale des monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement se décompose, sur la base des seules sources nationales, en deux zones. L'une est impérative et permet à la loi de s'appliquer par un « *forcement* » des solutions qui seraient issues des règles de conflit de lois. L'autre ne l'est pas, et suppose l'intervention d'une autorité étrangère pour que cette loi puisse recevoir application. C'est là une partie de la question de l'extraterritorialité des monopoles bancaires et financiers, que nous aborderons dans notre titre second. Pour l'instant, nous relèverons que l'application des monopoles bancaires et financiers se trouve immédiate, sur un certain territoire.

86. Conclusion : les monopoles professionnels ne relèvent jamais de la loi

²⁸⁸ Voir GUIMEZANES (N.), *Jurisl. Civil*, Fasc. 10, Condition des étrangers en France, introduction à l'étude de la condition des étrangers en France, n° 13 et 14.

²⁸⁹ Voir Cass. Civ. 1^{ère} section civile, 22 décembre 1959, *D.* 1960, pp. 93 à 97, note G. HOLLEAUX ; R.C.D.I.P. 1960, pp. 361 à 370, note TERRÉ ; *Clunet* 1961, pp. 420 à 426, note GOLDMAN ; J.C.P. éd. G., 1960, II, 11580. Cette décision ne fait rien d'autre que de préciser la première partie de l'affirmation de Mme GUIMEZANES, sans pouvoir se prononcer, et pour cause, la réflexion n'était pas encore apparue en France, sur la nature – de police ou non – des dispositions incriminées.

²⁹⁰ Voir les commentaires de Messieurs HOLLEAUX, TERRÉ, GOLDMAN précités à la note précédente. La controverse qui opposa MM. les Professeurs TERRÉ et GOLDMAN à M. le Conseiller HOLLEAUX ne portait absolument pas sur ces questions.

personnelle. Nous avons vu que le législateur souhaitait que tous les établissements de crédit exerçant sur le sol français soient soumis aux mêmes exigences, ce qui signifie une application territoriale des monopoles professionnels institués. Mais il y a lieu de préciser que si la loi personnelle est exclue, cela tient également au fait que d'une part, l'article 3 alinéa 3 du code civil n'a pas vocation à recevoir application compte tenu de la qualification juridique à conférer aux monopoles professionnels (ils lèvent des interdictions de jouissance et non des incapacités). A cet égard, il conviendra de se reporter à la démonstration qu'a faite M. le Doyen STOUFFLET²⁹¹, qui rejette l'assimilation des monopoles à des incapacités « au sens précis du terme », et qui en déduit qu'en matière de statut professionnel²⁹², la loi personnelle ne s'applique pas. De sorte qu'une restriction issue de la loi française ne saurait, en principe, avoir de conséquence pour l'exercice de l'activité à l'étranger. Ainsi, il serait possible à une personne physique française, qui ne peut exercer en France la profession de banquier, de s'installer à l'étranger pour y être banquier, si la loi locale l'autorise. D'autre part, l'exclusion de la loi personnelle tient aux critères d'efficacité internationale des dispositions étudiées. La nationalité n'intervient jamais, dans les textes étudiés, comme élément permettant auxdits textes de s'appliquer. En définitive, c'est donc bien sur un territoire que s'applique la législation sur les monopoles bancaires et financiers. Il convient de vérifier si ce constat peut être fait pour les sources supra-nationales, c'est-à-dire celles issues d'espaces économiques intégrés et de l'ordre international, lesquelles vont interférer grandement sur l'application de notre législation nationale.

Section 2. Les justifications supra-nationales de la pluriterritorialité des monopoles professionnels : des textes explicites mais complexes.

87. Distinction. Nous avons observé que l'activité bancaire faisait l'objet de toute l'attention des institutions nationales, mais également communautaires et internationales. Nous aborderons donc successivement les justifications de la pluriterritorialité des monopoles bancaires et financiers par les sources issues des espaces économiques intégrés d'une part, et par le rôle déterminant de l'O.M.C d'autre part. Nous aurons l'occasion de montrer que les normes issues de ces ordres juridiques diffèrent quelque peu de ce que nous avons pu établir pour les textes français. Leur application territoriale est souvent expresse, mais elles peuvent concerner les monopoles professionnels étudiés soit de manière directe, soit de manière indirecte.

§ - 1 Les sources issues d'espaces économiques intégrés

88. Plan. Il a été établi que l'Union européenne portait une attention toute particulière à l'activité bancaire et financière. Un certain nombre de dispositions émanant de l'Union européenne s'appliquent aux monopoles professionnels étudiés, indépendamment des sources nationales. Nous présenterons donc en premier lieu les sources issues de l'Union

²⁹¹ Voir STOUFFLET (J.), *Jurisl. Banque et crédit*, Fasc. 120, précité, *loc. cit.*

²⁹² Statut dont le monopole fait partie, à notre sens. Voir en ce sens GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire. Institutions – comptes – opérations – services*, 5^{ème} éd., Manuels Juris-classeur, Litec, Paris, 2002, n° 42 à 54, spécialement n° 53.

européenne, qui intéressent les monopoles professionnels au premier chef. Mais l'Union européenne n'est pas le seul regroupement d'Etats qui est amené à élaborer un certain nombre de normes en la matière. Notre idée n'est pas, là encore, d'établir une étude comparative ou une quelconque liste des différents textes de tous les espaces économiques intégrés, qui viseraient à dresser une liste des activités relevant de la profession bancaire ou de prestataire de services d'investissements. Notre ambition est plutôt de montrer à travers quelques exemples frappants de dispositions régissant l'exercice de l'activité bancaire, issues de regroupements d'Etats, que les espaces économiques intégrés envisagent aussi ces questions sous un angle territorial, et non personnel.

A) Sources issues de l'Union Européenne

89. Plan de l'étude. Il conviendra d'envisager successivement les Traités et les directives, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les Traités sont des documents généraux, qui peuvent renfermer des indices quant à l'application spatiale des normes issues des institutions de l'Union ²⁹³. C'est à ce titre qu'il conviendra de les étudier. Ensuite, les directives régissent une question donnée, ou un ensemble de questions liées entre elles, mais leur objet est plus particulier que celui des Traités. Il est donc également possible de retrouver des solutions applicables au domaine spatial des monopoles bancaires et financiers dans ces textes.

1) Les Traités : des dispositions expresses pour un résultat complexe

90. Objectifs. Montrer que les monopoles tels qu'issus des dispositions communautaires s'appliquent, eux aussi, territorialement, devrait nous conduire à analyser chaque Traité intervenu dans la construction de l'Union. Il a en effet été démontré que les règles définissant l'application territoriale des Traités de l'Union étaient variables selon le Traité étudié ²⁹⁴. Mais cette démarche pourrait s'avérer inutile à certains égards. Il faut exclure de la présente étude les Traités qui n'ont pas vocation à recevoir application en matière bancaire ou financière. Ne seront donc abordés ni le Traité C.E.C.A. (Traité instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier du 18 avril 1951) ni celui de la C.E.E.A. (Traité instituant la Communauté européenne de l'Energie Atomique en date du 25 mars 1957). En revanche, nous analyserons les dispositions du Traité de Rome, dit Traité « C.E.E. » du 25 mars 1957 qui en fixent le champ d'application spatial, ainsi que celles du Traité de Maastricht, du 7 février 1992, dit « Traité sur l'Union européenne ». Ces deux Traités sont importants pour notre étude car certaines de leurs dispositions intéressent les établissements de crédit tout comme les prestataires de services d'investissement.

²⁹³ Pour ce qui est des normes issues des Etats, nous aurons l'occasion de nous exprimer sur l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit français, que ce soit du fait de la transposition, ou du fait de l'harmonisation des règles applicables. Voir *infra* n° 190 et suivants.

²⁹⁴ Voir RIGAUX (A.), *Rep. Dalloz Communautaire*, V^{is} Territoire communautaire, n° 8, page 4, *in limine* ; voir dans le même sens ZILLER (J.), *Juriscl. Europe*, Fasc. 470, Champ d'application du droit communautaire – application territoriale, n° 6 page 5.

a Le Traité de Rome

91. Plan. Nous établirons d'abord que ce Traité est d'application territoriale, en ce sens qu'il s'applique sur un certain territoire – nous déterminerons sur quel territoire ultérieurement²⁹⁵ – du fait de dispositions générales. Nous verrons ensuite qu'il contient un certain nombre de dispositions susceptibles d'intéresser directement notre propos, parce que la spécificité des activités des Banques y est reconnue²⁹⁶.

Application territoriale expresse du Traité de Rome.

92. Article 299 du Traité C.E.E. modifié. Cette disposition dénommée un temps « Traité C.E. article 227 », et aujourd'hui « Traité C.E. article 299 », a pu être qualifiée de volumineuse et de complexe²⁹⁷. Ce texte dispose en effet que : « I – le présent Traité s'applique au Royaume de Belgique, au Royaume de Danemark, à la République fédérale d'Allemagne, à la République hellénique, au Royaume d'Espagne, à la République française, à l'Irlande, à la République italienne, au Grand-duché de Luxembourg, au Royaume des Pays-bas, à la République d'Autriche, à la République portugaise, à la République de Finlande, au Royaume de Suède et au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ». Suivent un certain nombre de précisions, que nous ne reprendrons qu'ultérieurement, pour mesurer avec davantage de précision le territoire sur lequel s'applique les monopoles bancaire et financier. Le Traité d'Amsterdam, en date du 2 octobre 1997, modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes n'a en rien modifié l'alinéa premier de l'article 299 du Traité de Rome, même si nous verrons plus loin que des modifications ont été apportées à la suite de ce texte. Le moins que l'on puisse dire pour l'instant, c'est que par rapport aux dispositions françaises précédemment étudiées, ces dispositions sont expresses, avant d'être complexes. Et ce caractère exprès semble, a priori, bien montrer la volonté d'appliquer le Traité fondateur de l'Union européenne sur une zone – relativement – bien déterminée. Il semble donc possible d'en déduire une application territoriale. Mais il faut préciser qu'il est fait référence aux Etats eux-mêmes dans ce texte, et non spécifiquement à leur territoire. Cela suscite des interrogations. Il a été soutenu que le champ d'application du Traité C.E. n'était pas déterminé en fonction de critères géographiques, puisque les Etats sont nommément désignés, en tant que tels²⁹⁸. Pour autant, il n'y a pas lieu d'en conclure que le Traité s'applique à des personnes prises en tant que nationaux de chaque Etat. En effet, un tel critère opère par renvoi au territoire de chaque Etat membre²⁹⁹, et pose un principe de coïncidence entre la sphère

²⁹⁵ Voir nos développements *infra* n° 155 et suivants.

²⁹⁶ Voir CARREAU (D.), *Juriscl. Europe*, Fasc. 1020, Banques – Introduction, Portée *ratione personae* du droit bancaire communautaire, Accès à l'activité bancaire, n° 1 à 7.

²⁹⁷ Voir RIGAUX (A.), *Op. cit.*, n° 26 page 7.

²⁹⁸ *Ibidem*, n° 27, l'auteur parle de critère de nature institutionnelle, sans contester pour autant l'application territoriale du Traité.

²⁹⁹ Voir en ce sens ZILLER (J.) précité, n° 3.

d'application du droit communautaire et celle du droit des Etats membres. Qui plus est, la suite de cet article pose un certain nombre d'exceptions et d'exclusions, qui se fondent toutes sur des critères d'ordre territorial, géographique. Ainsi, par exemple, l'alinéa 1 du 2° de ce texte prévoit que : « Les dispositions du présent Traité sont applicables aux départements français d'outre-mer, aux Açores, à Madère et aux îles Canaries ». L'alinéa 2 du 3° de l'article 299 est encore plus clair : « Le présent Traité ne s'applique pas aux pays et territoires d'outre-mer entretenant des relations particulières avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord qui ne sont pas mentionnés dans la liste précitée ». Enfin, le 4° est éloquent puisqu'il dispose que : « Les dispositions du présent Traité s'appliquent aux territoires européens dont un État membre assume les relations extérieures ». L'application territoriale du Traité de Rome semble donc acquise, et cela nous sera utile en ce que le Traité prévoit certaines dispositions qui peuvent intéresser les monopoles étudiés.

Dispositions du Traité de Rome intéressant les monopoles bancaire et financier français.

93. Dispositions relatives à la liberté d'établissement . Dans le droit originnaire du Traité de Rome, la banque ne relevait pas d'un marché spécial, à l'inverse de ce que nous verrons pour certaines phases ultérieures de la construction européenne. Mais elles faisaient l'objet de quelques règles particulières. Par ailleurs, comme l'indique M. le professeur Christian GAVALDA, l'établissement de crédit était d'abord une entreprise commerciale, soumise à la liberté d'établissement des articles 43 à 48 dudit Traité³⁰⁰. L'article 43 dispose que : « Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre. La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux ». Ce texte fondateur de la liberté d'établissement intéresse notre étude, car il prévoit les possibilités d'implantation libre d'une structure – type agence ou bureau de représentation – souhaitant exercer en France ou sur le territoire d'un autre Etat membre³⁰¹. Y compris, donc, les établissements de crédit, et les prestataires de services d'investissement, dans la mesure où ces structures respectent les obligations mises à leur charge par les directives et les lois de transposition, que nous aborderons plus loin, et sous réserve des dispositions relatives aux capitaux. Mais le Traité allait plus loin, et prévoyait également à l'égard des entreprises du secteur bancaire et financier la mise en place de la libre prestation de services, qu'il nous faut désormais évoquer.

94. Dispositions relatives à la libre prestation de services. Il a été observé que

³⁰⁰ Voir GAVALDA (C.), *Rep. Dalloz Communautaire*, V° Banque, n° 3.

³⁰¹ Cette hypothèse sera évoquée en titre second, lorsque nous analyserons l'extraterritorialité des monopoles professionnels.

les établissements de crédit et les prestataires de services d'investissement relevaient de la libre prestation de service. La première disposition que l'on peut évoquer à ce sujet est l'article 49, fondateur de cette liberté. Il dispose que : « Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres **établis** dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut étendre le bénéfice des dispositions du présent chapitre aux prestataires de services ressortissants d'un État tiers et établis à l'intérieur de la Communauté ». Plus précisément, l'article 51-2 du Traité prévoit que « La libération des services des banques et des assurances qui sont liées à des mouvements de capitaux doit être réalisée en harmonie avec la libération de la circulation des capitaux ». Cette dernière disposition est capitale pour notre étude. En effet, compte tenu de nos développements antérieurs, la question de la libre prestation de services bancaires et financiers est d'application territoriale, puisque le traité qui les met expressément en place est, lui-même, d'application territoriale. Plus exactement, l'article 49 précité fait référence à une condition d'établissement dans un Etat. Or, nous avons vu que les territoires des Etats servaient à délimiter le champ d'application territoriale du Traité. Cette libre prestation de service consiste en la possibilité d'offrir librement des services, sans restriction, sur le territoire dans lequel s'applique le Traité, sans qu'une implantation physique dans un autre Etat membre soit nécessaire. Cela permet notamment d'inclure les activités de démarchage par téléphone pour des services financiers³⁰², ainsi que la fourniture de services d'investissements ou d'opérations de banque, à distance, ou sans utiliser de succursale ni de filiale. L'article 51-2, quant à lui, vient apporter une précision d'importance, puisque les prestations de services assurées par les banques se trouvent nommément désignées par le Traité. Il convient de relever que nous devons, pour préciser cette affirmation, faire état des dispositions comprises dans les directives de coordination bancaire et dans les directives concernant l'activité financière. Au préalable, il est nécessaire de rappeler les dispositions du Traité relatives aux capitaux.

95. Dispositions relatives aux capitaux. Leur architecture est articulée autour d'un principe et de tempéraments, dont l'un intéresse particulièrement notre propos. Le principe est tiré de l'article 56 du Traité, qui dispose que : « 1. Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites. 2. Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux paiements entre les

³⁰² Dans un long arrêt rendu le 10 mai 1995, la Cour de Justice des Communautés Européennes en a décidé ainsi, en matière de « *cold calling* », pratique qui consiste à contacter des particuliers par téléphone sans leur consentement préalable écrit aux fins de leur proposer divers services financiers. La Cour a jugé qu'une législation qui s'opposerait à ces pratiques serait contraire à la liberté de prestation de services. Toutefois, elle n'exclut pas qu'une législation nationale interdise ou restreigne ces pratiques, pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Voir C.J.C.E., 10 mai 1995, *Alpine Investments c/ministre Van Financiën*, aff. C-384/93, Rec. 1995, I, p. 1141. Sur cet arrêt, voir VARII AUCTORES, *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, V^{is} Droit d'établissement et libre prestation de services, n° 62. Voir sur cet arrêt DA CRUZ VILACA (J.L.), *An exercise on the application of Keck and Mithouard in the field of free provision of services*, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 797 à 816.

États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites ». L'article 57 apporte un premier ensemble de tempéraments à ce principe, lorsqu'il affirme que : « 1. L'article 56 ne porte pas atteinte à l'application, aux pays tiers, des restrictions existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national ou du droit communautaire en ce qui concerne les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris [...] l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux. 2. Tout en s'efforçant de réaliser l'objectif de libre circulation des capitaux entre États membres et pays tiers, dans la plus large mesure possible et sans préjudice des autres chapitres du présent traité, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures relatives aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers, lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris [...] l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux... ». Enfin, l'article 58 dispose que : « 1. L'article 56 ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres : [...] b) de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment [...] en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, [...] ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique. 2. Le présent chapitre ne préjuge pas la possibilité d'appliquer des restrictions en matière de droit d'établissement qui sont compatibles avec le présent traité ». De ce qui précède, il ressort que le Traité de Rome institue deux éléments a priori contradictoires, à savoir la liberté de circulation des capitaux d'une part, et un véritable permis de réglementer octroyé aux Etats membres d'autre part, sous réserve, bien entendu, de respecter les domaines et les types de réglementations internes autorisés par le Traité.

96. Conclusion sur l'application territoriale de ces dispositions. Les textes rappelés précédemment, qu'ils concernent la liberté d'établissement, la libre prestation de service, ou la libération des mouvements de capitaux présentent trois caractéristiques majeures susceptibles d'intéresser notre étude. D'abord, ces dispositions s'appliquent aux activités bancaires et financières, parfois de façon explicite (articles 51-2, 57 et 58). Ensuite, elles s'appliquent territorialement, puisqu'elles sont contenues dans un Traité dont nous avons vu qu'il s'applique lui-même territorialement. Il a été remarqué que les dispositions du Traité en matière de droit d'établissement et libre prestation de services s'appliquent aux personnes physiques ou morales ressortissantes d'un Etat membre de la Communauté³⁰³. Or, ce terme est aujourd'hui synonyme de « national ». Il y a, à notre sens, une hiérarchie entre ces critères. En effet, pour qu'un ressortissant d'un Etat membre puisse se prévaloir de la liberté d'établissement ou de la libre prestation de services, encore faut-il qu'il l'invoque en vue ou à propos d'une implantation située ou d'une activité exercée sur le territoire tel que défini par le Traité³⁰⁴. Un ressortissant d'un

³⁰³ Voir C.J.C.E. 30 novembre 1995, Gebhard, aff. C-55/94, Rec. 1995, I, p. 4186, et voir VARII AUCTORES *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, V^{is} Droit d'établissement et libre prestation de services, n° 16 et 22. Il est à noter que cette étude fait, à notre sens, une regrettable confusion, lorsqu'elle affirme que l'article 227 (aujourd'hui 299) du Traité étend les dispositions relatives au droit d'établissement et à la prestation de services aux *citoyens* des départements d'outre-mer. Nous avons en effet établi que ce texte ne faisait aucunement référence à la notion de citoyen.

Etat membre ne pourrait pas exciper de ces libertés pour prêter ou exercer, par exemple, aux Etats-Unis. En cela, l'application territoriale du traité et des libertés qu'il a instituées constitue une question préalable à celle des personnes titulaires de ces libertés. Enfin, et l'observation est d'importance, une place est laissée aux législations nationales, qui peuvent, sous certaines conditions, déroger aux libertés instituées par le Traité.

b Le Traité de Maastricht

97. Rôle du Traité en matière bancaire et financière. L'importance du Traité de Maastricht en notre matière tient à la concrétisation d'un espace financier européen, initié par l'Acte Unique. Le professeur Christian GAVALDA a montré les spécificités que cela impliquait. Il a en effet affirmé avec raison que « la sécurité des transactions, démultipliées par le décloisonnement et l'Europe sans frontières de 1992, appelle aussi une transparence et une sécurité financière non seulement pour les entreprises agents économiques, mais aussi, et de plus en plus, pour les usagers (consommateurs). La sécurité des établissements de crédit appelait et impliquait un contrôle renforcé par les autorités de Bruxelles et de Luxembourg... »³⁰⁵. Nous devons donc opérer comme précédemment, à savoir que nous montrerons que ce Traité s'applique territorialement, pour préciser en quoi il intéresse les monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement.

Application territoriale de principe.

98. Absence de dispositions expresses. Contrairement aux autres Traités, aucune disposition expresse de la nature de l'article 227 du Traité de Rome précité ne figure dans le Traité de Maastricht³⁰⁶. Habituellement insérés dans les dispositions finales, ces textes ne figurent pas dans les articles L. à S. du Traité de Maastricht, lesquels correspondent à ses dispositions finales. C'eût peut-être été l'occasion d'une clarification et d'une simplification juridique. En effet, ce Traité modifie respectivement en ses titres II à IV les Traités C.E.C.A., C.E.E.A., et C.E.E., et notamment dans leurs dispositions relatives à l'application spatiale desdits Traités³⁰⁷. Mais la solution de l'article unique³⁰⁸, global, et applicable à tous les Traités relatifs à l'Union européenne a été rejetée, pour des

³⁰⁴ Voir en ce sens *Ibidem*, n° 8 et 9. Les dispositions instituant la liberté d'établissement et la libre prestation de services étant d'applicabilité directe, elles ne nécessitent pas obligatoirement le recours à la directive. Partant, elles peuvent être invoquées pour toute activité professionnelle et sur tout le territoire de la Communauté, même en l'absence de directive. Voir à ce sujet les arrêts de la C.J.C.E. en date du 12 décembre 1974, Walrave, aff. 36/74, Rec. 1974 page 1405 ; 18 janvier 1979, Van Wesenmael, aff. 110, 111/78, Rec. 1979, page 35 ; 17 décembre 1981, J. Webb, aff. 279/80, Rec. 1981, page 3305 ; 28 janvier 1986, Commission c/ France, aff. 270/83, Rec. 1986, page 273 et 4 décembre 1986, Commission c/ Allemagne, aff. 205/84, Rec. 1986, page 3755.

³⁰⁵ Voir en ce sens GAVALDA (C.), *Op. cit.*, n° 1.

³⁰⁶ Voir en ce sens RIGAUX (A.), *Op. cit.*, n° 44, page 11, et ZILLER (J.), *Juriscl. Europe*, Fasc. 470, Champ d'application du droit communautaire – application territoriale, n° 7.

³⁰⁷ Il s'agit en réalité d'un simple toilettage, voir en ce sens l'article 79, titre III du Traité de Maastricht, et voir RIGAUX (A.) *Op. cit.*, n° 45, page 11.

considérations d'ordre politique, ce qui a pu faire dire, avec raison, que le Traité de Maastricht avait été, sur ce point, une occasion manquée³⁰⁹. Nous établirons, lorsque nous délimiterons les différents territoires sur lesquels s'appliquent les monopoles bancaires et financiers, que la solution ainsi adoptée est un facteur de complexité, et contribue à l'émergence de ce que nous appelons la pluriterritorialité, c'est-à-dire l'existence de plusieurs sphères géographiques d'application pour les monopoles bancaires et financiers. Pour autant, il apparaît exclu d'envisager l'application du Traité de Maastricht autrement que de façon territoriale. En effet, sa construction est telle que le Traité de Rome ainsi que les Traités C.E.C.A. et C.E.E.A. sont respectivement et intégralement repris dans les titres II, III et IV du Traité de Maastricht³¹⁰. C'est donc dire qu'il reprend à son compte les dispositions de l'article 299 précité, tout au moins sur les questions relevant du Traité de Rome³¹¹.

Les dispositions spécifiques aux secteurs bancaires et financiers.

99. Constat. A la lecture de ce Traité, il faut bien avouer que les établissements de crédit ou les prestataires de services d'investissement n'ont pas fait l'objet de dispositions particulières, ce soin étant laissé au droit dérivé³¹². Ceci étant, le Traité peut intéresser notre propos à deux égards : d'abord par son article 2, texte général qui concerne la création d'un espace ; et ensuite par l'article 4A, couplé avec certains de ses protocoles additionnels, qui emportent création d'institutions bancaires européennes. Leur création nous conduit à étudier l'application territoriale de ce Traité. Enfin, et subsidiairement, le Traité de Maastricht, de par son architecture, reprend à son compte les dispositions du Traité de Rome, y compris, donc, les textes relatifs à la liberté d'établissement, à la liberté de prestation de services, et à la libération des mouvements de capitaux. Il est entendu que des modifications y ont été apportées, mais nos précédents commentaires ont été faits sur la version consolidée du Traité de Rome, c'est-à-dire, par conséquent, incluant les aménagements – ponctuels – issus du Traité de Maastricht.

100. L'article 2 du Traité. Ce texte dispose que : « L'Union se donne pour objectifs :

³⁰⁸ L'article 5 du projet de Traité de l'Union européenne adopté en 1984 par le Parlement européen prévoyait que : « le territoire de l'Union comprend l'ensemble des territoires des Etats membres tels qu'ils sont précisés par le Traité instituant la Communauté économique européenne, compte tenu des obligations découlant du droit international ». Ce libellé est qualifié de redoutable par Mme RIGAUX. Qui plus est, le désir d'aboutir à un résultat lors de négociations qui présentaient bien d'autres points d'achoppement a conduit à ne pas ouvrir cette « boîte de Pandore ». *Ibidem*, *Op. cit.*, n° 45.

³⁰⁹ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

³¹⁰ Voir par exemple DELEGATION DE L'ASSEMBLEE NATIONALE POUR L'UNION EUROPEENNE, *l'union européenne élargie, les traités de Rome et de Maastricht, textes comparés*, La documentation française, Paris 1995.

³¹¹ L'absence de disposition générale fixant le champ d'application territoriale du Traité de Maastricht pose des difficultés bien plus aiguës en matière de Politique étrangère et de sécurité commune (titre V) et sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures (titre VI). Voir sur ces difficultés RIGAUX (A.), *Op. cit.*, n° 46 ; voir également ZILLER (J.), *Op. cit.*, n° 7 à 11, qui préconise, entre autres, de recourir à la convention de Vienne sur le droit des Traités, en date du 23 mai 1969.

³¹² Voir CARREAU (D.), *Jurisl. Europe*, Fasc. 1020 précité, n° 25 à 27.

— de promouvoir le progrès économique et social ainsi qu'un niveau d'emploi élevé, et de parvenir à un développement équilibré et durable, notamment par la création d'un espace sans frontières intérieures, par le renforcement de la cohésion économique et sociale et par l'établissement d'une Union économique et monétaire comportant, à terme, une monnaie unique, conformément aux dispositions du présent traité [...] ». Son importance quant à notre étude ne doit pas être négligée. En effet, ce texte consacre l'émergence d'un véritable espace unique, y compris, donc, en matière bancaire et financière. Certes, le terme « territoire » n'y est pas employé, mais le Traité fait tout de même appel à la notion d'espace.

101. L'article 4A et les protocoles 3 et 4. L'article 4A, précisé par le protocole n° 3, emporte création du Système Européen des Banques Centrales (S.E.B.C.) et de la Banque Centrale Européenne (B.C.E.). Le protocole n° 4 prévoit la création de l'Institut Monétaire Européen (I.M.E.). Ces institutions jouent un rôle capital, que nous allons simplement évoquer. Le S.E.B.C. est un organe politique, consultatif, d'information et vecteur de coopération internationale. L'I.M.E. est un organe, notamment, de coordination des acteurs bancaires. Il était donc important de préciser en quoi le Traité de Maastricht s'appliquait territorialement. Ceci étant, il faut néanmoins préciser que c'est par les directives que les secteurs d'activité étudiés ont été le plus modelés. C'est pour cela qu'il convient de s'assurer qu'elles contiennent des dispositions concernant leur application territoriale.

2) Les Directives.

102. Rappel des directives applicables. Pour circonscrire avec exactitude l'ensemble des directives applicables au secteur bancaire ou financière aujourd'hui, tout au moins quant à l'exercice de ces activités ³¹³, il nous semble nécessaire d'apporter deux précisions. Il faut se souvenir, d'abord, que le Traité de Rome ne prévoyait pas, ab initio, de coordination des législations internes en matière bancaire et financière. C'est postérieurement, et lentement, que la construction s'est faite, sur la base de directives ³¹⁴. Les monopoles bancaires et financiers sont principalement régis, à notre sens, par les six directives énumérées ci-après. La première d'entre elles est la première directive de coordination bancaire, en date du 12 décembre 1977 ³¹⁵. Puis, la seconde directive de coordination bancaire ³¹⁶, en date du 15 décembre 1989, entra en vigueur à compter du 1er janvier 1993. Ces deux directives, à ce jour, sont intégrées dans la directive bancaire, en date du 20 mars 2000 ³¹⁷. Elles ne seront donc évoquées que si elles présentent des différences avec le résultat de la codification à droit constant. Ensuite, la directive sur les

³¹³ Le lecteur pourra se reporter, pour consulter avec commodité une liste exhaustive, aux adresses <http://www.eurbanfi2-1.htm>.

³¹⁴ Voir en ce sens GAVALDA (C.), *Op. cit.*, n° 3.

³¹⁵ Directive n° 77/780/CEE, JOCE n° L.322, 17 décembre 1977, entrée en vigueur le 15 décembre 1979.

³¹⁶ N° 89.646.CEE, JOCE n°L.386 du 30 décembre 1989.

³¹⁷ N° 2000/12 du Parlement européen et du Conseil, Journal officiel n° L 126 du 26/05/2000, pp. 1 à 59.

services d'investissement³¹⁸, en date du 10 mai 1993, est entrée en application le 1^{er} juillet 1995. Puis, la directive 2000/46 sur les établissements de monnaie électronique, et enfin la directive 2002/65 CE du 23 septembre 2002, sur la commercialisation à distance des produits financiers³¹⁹ furent les dernières étapes de cette construction lente et très progressive. Ensuite, il faut préciser que les secteurs bancaire ou financier n'ont pas échappé au progrès technique, loin s'en faut. Partant, ces activités réglementées sont désormais assurées à distance. Ainsi donc, d'autres directives pourront intéresser également notre propos, notamment celle sur le commerce électronique, du 8 juin 2000³²⁰. Son rôle sera d'importance lorsqu'il sera question de la théorie de la localisation appliquée aux activités exercées en ligne, que nous étudierons en seconde partie de cette étude³²¹.

103. Démarche. Il convient de rechercher, à l'instar de ce que nous avons établi pour les Traités, si les Directives applicables aux monopoles bancaires et financiers s'appliquent de façon territoriale ou non. A propos de cette territorialité, il a été soutenu, fort justement, que cette terminologie pouvait avoir plusieurs significations. Les uns affirment que cette commodité de langage vise l'ensemble géographique formé par le territoire des Etats membres ; les autres désignent par là le domaine des normes (matériellement territoriales) du droit communautaire, dont l'application dépend d'éléments localisés à l'intérieur du territoire des Etats membres³²². De la même façon que nous avons opéré pour les dispositions françaises, nous aurons à en rechercher le caractère impératif, exprès ou non.

a Application territoriale des directives

104. Directive 2000/12 du 20 mars 2000, dite directive bancaire. Il est d'abord rappelé que cette directive constitue ce que l'on appelle une codification en un texte unique de plusieurs directives, lesquelles avaient été largement modifiées³²³. Ensuite, il est précisé que cette codification s'est faite, en principe, à droit constant³²⁴, c'est-à-dire que le

³¹⁸ N° 93/22, relative aux services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, JOCE n° L.141, 11 juin 1993.

³¹⁹ Voir PEROT-REBOUL (C.), Commercialisation à distance des services financiers : champ d'application de la directive, *Revue LAMY Droit des Affaires*, 2003, n° 61, pp. 5 à 10 ; PRŮM (A.), La future directive sur les services financiers à distance, *R.D.B.F.*, 2002, pp. 111 à 113 ; PARLÉANI (G.), Commercialisation à distance des services financiers – Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002, *R.D.B.F.*, 2002, pp. 337 à 339.

³²⁰ N° 2000/31 CE du parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, dite « directive commerce électronique », J.O.C.E. n° L.178, 17 juillet 2000, page 1.

³²¹ Voir *infra* n° 645 et suivants.

³²² Voir RIGAUX (A.), *Op. cit.*, n°7, et voir GROUX (J.), Territorialité et droit communautaire, *R.T.D.Eur.*, 1987, pp. 5 à 31 ; voir encore REUTER (P.), *Ann. CDI*, 1975, vol II, pp. 25 à 47, spécialement page 44, n° 6 à 8.

³²³ Voir directive bancaire précitée, point n° 1.

regroupement de plusieurs textes ne devrait pas entraîner de modification de leur teneur. Son étude ne devrait donc se faire que sur la base des directives codifiées, et ne rien apporter de particulier à nos développements. Mais les dispositions qui introduisent et expliquent ce texte sont, pourtant, très révélatrices des souhaits des rédacteurs. En effet, le 20^{ème} point du préambule de cette directive affirme que : « Les agréments d'établissements de crédit, accordés par les autorités nationales compétentes, ont une portée communautaire, conformément aux dispositions de la présente directive, et non plus seulement nationale ». Cette affirmation nous paraît être d'essence territoriale, même si une référence est faite à une portée « nationale » dans ce texte. La rédaction nous paraît procéder d'une opposition entre la portée communautaire et la portée nationale, au sens de portée étatique ou plus exactement interne ; elle n'induit donc pas l'intervention d'une quelconque idée d'application personnelle. S'agissant de la possibilité d'utiliser une dénomination, la directive dispose, en son article 15, que : « Les établissements de crédit peuvent, pour l'exercice de leurs activités, utiliser, sur le territoire de la Communauté, la même dénomination que celle qu'ils utilisent dans l'État membre de leur siège social, [...] ». Observons que cette notion de territoire de la communauté est, certes, assez discutée, et que compte tenu de nos propos relatifs aux traités, il s'agit d'une notion protéiforme³²⁵. Mais il n'est pas rare que le droit dérivé y fasse expressément référence³²⁶. C'est bien le cas en l'espèce, et c'est donc bien en termes territoriaux que l'on se doit de raisonner dans le cadre de cette étude, s'agissant des sources communautaires. Nous tenterons de le confirmer à la lumière des autres directives.

105. Directive sur les services d'investissement. Le 31^{ème} considérant de cette directive prévoit des dispositions rigoureusement identiques, en termes de portée, à ceux de la directive bancaire : « considérant que les agréments d'entreprises d'investissement accordés par les autorités nationales compétentes conformément aux dispositions de la présente directive auront une portée communautaire, et non plus seulement nationale [...] », à ceci près que le futur est employé, ce qui traduit qu'avant cette directive, les agréments avaient une portée délimitée aux frontières d'un seul Etat membre. Nous rappellerons que cette directive a mis en place le passeport européen, reposant sur la délivrance, par les autorités du pays d'origine, d'un agrément reconnu dans les autres Etats membres. Très précisément, le 3^{ème} considérant dispose que : « considérant que

³²⁴ Voir en ce sens, et à propos de la directive bancaire SOUSI (B.), *Chronique de droit monétaire, bancaire et financier*, R.D.A.I., 1999, pp. 237 à 239. L'auteur nous indique qu'il s'agit d'une codification par consolidation à droit constant. Selon Mme POILLOT-PERUZZETTO, dans son très bel article consacré à la codification du droit de l'Union européenne, la codification par consolidation est le fait de « regrouper, sur le plan de la forme, et en dehors de toute procédure législative, les fragments épars de la législation relative à une question donnée, elle n'a pas d'effets juridiques et n'affecte pas la validité des différents fragments ». Voir POILLOT-PERUZZETTO (S.), *La codification du droit de l'Union européenne*, disponible à l'adresse http://www.peruzzetto.com/art/codification_communautaire.htm., page 8. Voir également SOUSI (B.), *La codification des directives relatives aux établissements de crédit*, *Banque et droit*, septembre-octobre 2000, n° 73, pp. 13 à 16, et in *Mélanges VASSEUR*, Banque éditeur, Paris, 2001, pp. 121 à 128.

³²⁵ Voir RIGAUX (A.), *Op. cit.*, n° 7 et 8. Cet auteur parle d'espace « pluriel ».

³²⁶ *Ibidem*, n° 4.

la démarche retenue consiste à ne réaliser que l'harmonisation essentielle, nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel, qui permette l'octroi d'un agrément unique valable dans toute la Communauté [...] ». Là encore, par référence au Traité de Rome, il est possible d'en déduire une application territoriale. Cette directive, en son premier considérant, se rattache en effet, et de surcroît, directement à ce Traité par la voie de la liberté d'établissement et celle de prestation de services³²⁷.

106. Directive 2000/46 sur les établissements de monnaie électronique. Le 4^{ème} considérant de cette directive institue une disposition similaire au premier considérant de la D.S.I.. En effet, ce texte dispose que : « la démarche retenue consiste à ne réaliser que l'harmonisation essentielle, nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel des établissements de monnaie électronique, qui permette l'octroi d'un agrément unique **valable dans toute la Communauté** [...] ». Cependant, cette directive ne procède pas par référence au Traité de Rome, sous le double visa de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services. Elle se présente comme une directive spéciale, qui déroge en certains points aux directives générales s'appliquant à l'activité bancaire. Elle prévoit également les points sur lesquels les directives du secteur bancaire doivent recevoir application aux établissements de monnaie électronique, en son article 2. Pour autant, cela ne signifie pas, selon nous, que tout renvoi au Traité de Rome soit abandonné. D'abord parce que les dispositions de la directive bancaire 2000/12 qui procèdent à ce renvoi ne sont pas expressément déclarées inapplicables aux établissements de monnaie électronique ; ensuite parce que la formule du Traité de Rome est suffisamment générale pour englober ce type d'activité.

107. Directive sur la commercialisation des services financiers à distance – absence de régime particulier à ces activités quant à l'application territoriale et les objectifs poursuivis. Il résulte des considérants 6 et 7 que cette directive a vocation à s'appliquer sur le territoire de l'Union. En effet, le sixième considérant précise que : « La présente directive devrait être appliquée en conformité avec le traité et le droit dérivé, y compris la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, cette dernière n'étant applicable qu'aux transactions qu'elle couvre ». Il semble que cette application conforme suppose le respect de l'article 299, qui fixe le champ d'application dudit Traité, et par là même des textes visant à la satisfaction des objectifs qu'il a fixés. Le septième considérant ajoute que : « La présente directive vise à atteindre les objectifs énoncés ci-dessus sans préjudice de la législation communautaire ou nationale régissant la libre prestation de services ou, le cas échéant, le contrôle par l'État membre d'accueil et/ou les systèmes d'agrément ou de surveillance des États membres, lorsque cela est compatible

³²⁷ La directive 2004/39 concernant les marchés d'instruments financiers (M.I.F.) est encore plus explicite. D'abord, son 2^{ème} considérant précise que pour assurer une extension du cadre juridique communautaire, « *il convient d'atteindre le degré d'harmonisation nécessaire pour offrir aux investisseurs un niveau élevé de protection et pour permettre aux entreprises d'investissement de fournir leurs services dans toute la Communauté, qui constitue un marché unique...* ». Ensuite, et il s'agit là de la manifestation la plus expresse, l'article 6-3 de la directive précitée prévoit que : « *l'agrément est valable sur tout le territoire de la Communauté et permet à une entreprise d'investissement de fournir les services ou d'exercer les activités pour lesquels elle a été agréée dans toute la Communauté, soit par l'établissement de succursale, soit en libre prestation de services.* ».

avec la législation communautaire ». Ces objectifs sont la protection des consommateurs (considérants n° 1, 9 et 10), mais également le respect du bon fonctionnement du marché intérieur (considérant n° 4). Ce dernier objectif se trouve être de ceux compris dans le Traité de Rome, puisque la réalisation d'un tel marché résulte des dispositions des articles 2 et 3 c) du Traité modifié par le Traité de Maastricht.

108. Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique. Selon le considérant n°8 de cette directive, « l'objectif de la présente directive est de créer un cadre juridique pour assurer la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres et non d'harmoniser le domaine du droit pénal en tant que tel ». Référence est donc indirectement faite au Traité de Rome, par la recherche de la satisfaction de l'un des buts fondamentaux qu'il promeut. Il en découle que cette directive doit s'appliquer sur le territoire tel que défini par le Traité. Cette directive est de tout premier ordre concernant notre étude, car il y est indiqué, au considérant n° 27, que : « la présente directive, en liaison avec la future directive du Parlement européen et du Conseil concernant la vente à distance de services financiers aux consommateurs, contribue à la création d'un cadre juridique pour la prestation en ligne de services financiers. [...] ». Le considérant n° 58 nous conforte dans l'idée d'appliquer territorialement cette directive. Il dispose en effet que : « La présente directive ne doit pas s'appliquer aux services fournis par des prestataires établis dans un pays tiers ». Dans le corps de la directive, il n'est pas prévu de disposition relative à cette application territoriale, mais compte tenu de la référence faite au Traité, et de la déclaration d'intention résultant du 58^{ème} considérant, il semble qu'il ne saurait en être autrement.

109. Conclusion sur l'application territoriale des directives. Toutes les directives ne sont pas à situer sur le même plan en ce qui concerne leur application territoriale, tout au moins quant aux éléments qui permettent d'en justifier. En effet, quatre catégories semblent se détacher. Certaines directives comportent des dispositions expresses, c'est-à-dire qu'elles justifient directement de leur application territoriale. C'est le cas de la directive bancaire, de la défunte D.S.I., et de la nouvelle directive concernant les marchés d'instruments financiers. Ensuite, d'autres directives, sans être aussi explicites, procèdent par référence directe au Traité de Rome, dont nous avons établi l'application territoriale. La justification est ici explicite, mais indirecte. Un troisième type de directive procède par renvoi à d'autres directives, qui fixent leur application spatiale par l'une ou l'autre des méthodes exposées ci-avant. C'est le cas de la directive relative aux établissements de monnaie électronique. L'application spatiale de cette directive nous semble établie, mais sa justification peut être considérée comme implicite parce que son application territoriale n'y est pas évoquée, et indirecte parce qu'elle renvoie pour cette justification – entre autre – à un texte qui permet d'établir cette application territoriale. Enfin, un quatrième type de directive est implicite sur tous les plans, c'est-à-dire qu'aucune référence réelle n'est faite ni à l'application spatiale, ni au Traité de Rome. C'est précisément dans ce cas là que la généralité de la formulation de l'application territoriale du Traité de Rome prend tout son sens, qu'il s'agisse de l'article 299 ou bien des dispositions relatives à la liberté d'établissement et de prestation de services. Raisonner autrement reviendrait à priver l'article 299 du Traité de toute sa substance. L'application territoriale des directives semble donc acquise, et il faut préciser que bien souvent, ces textes font référence à des critères d'ordre géographique³²⁸. Il convient, dès lors, de s'intéresser à leur deuxième

caractéristique, à savoir leur application nécessaire, ou impérative.

b La qualification des directives pertinentes au regard des règles de police

110. Notion communautaire de l'application nécessaire : apports respectifs des arrêts Arblade et Ingmar . La notion d'application nécessaire peut-elle receler quelques différences avec l'acception que nous avons tenté de dégager à propos du droit français ? Un arrêt de la C.J.C.E., l'arrêt Arblade, en date du 23 novembre 1999, est venu préciser sa propre définition de ce qu'il fallait entendre par disposition de police³²⁹ . Nous aurons l'occasion de revenir sur l'influence de cet arrêt sur le droit français. Mais nous l'évoquons pour l'instant en ce qu'il précise une notion nécessaire à l'étude du caractère impératif des directives concernant les activités bancaires et financières. Cet arrêt précise en effet que les lois de police sont des « dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour l'organisation politique sociale et économique de l'Etat membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci ». Le commentateur en déduit qu'une définition communautaire des lois de police a été formulée³³⁰ . Remarquons que l'arrêt fait référence aux seules lois nationales, ce qui semble exclure que ce concept de lois de police puisse être appliqué aux textes européens. Au vrai, la primauté des directives pourrait suffire à leur assurer un caractère impératif. Toutefois, la C.J.C.E. a, par la suite, dans l'affaire Ingmar, rendu un arrêt proposant une application de la théorie des lois de police à certaines directives³³¹ . Les justifications qui sous-tendent le raisonnement, dans cette décision, sont d'essence purement communautaires³³² . Il s'agit en effet de principes tels que la liberté d'établissement, dont nous verrons qu'elle sous-tend toutes les directives que nous avons abordées précédemment. Mais il est

³²⁸ L'Association Française des Banques va en ce sens lorsqu'elle affirme que « *le marché unique prend les contours géographiques de l'Espace économique européen* », Voir <http://www.afb.fr/eurbanfi1-9.htm>. Voir également DESCHANEL (J.P.), et STOUFFLET (J.), Vers un statut bancaire européen, *Banque et Droit*, n° 17, 1991, pp. 83 à 98, n° 3.

³²⁹ Voir C.J.C.E., 23 novembre 1999, J.C. Arblade, Arblade & fils SARL, Aff. Jointes 369/96 et 376/96, *R.C.D.I.P.*, 2000, page 717, note FALLON ; voir également sur cette affaire MOURRE (A.), Chronique de droit international privé appliqué aux affaires, *R.D.A.I.*, 2001, pp. 615 à 639, et spécialement pp. 618 à 621, (article en français et en anglais). Voir également BERNARDEAU (L.), Droit communautaire et lois de police à la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar, Aff. C-381/98, *JCP éd. G*, 2001, I, 328, pp. 1158 à 1162. Il est intéressant de relever que cette définition sert de base aux travaux de la Commission, notamment en vue de moderniser la Convention de Rome. Voir Livre vert de la Commission des communautés européennes sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, Document COM. (2002), 654 final du 14 janvier 2003, § 3.2.8.3..

³³⁰ Voir FALLON (M.), note précitée, page 730.

³³¹ Voir en ce sens C.J.C.E., 9 novembre 2000, Ingmar GB Ltd, aff. C-381/98, *Europe*, 2001, page 18, obs. IDOT. Cet arrêt érige en véritable « loi de police » la directive 86/653/CEE sur les agents commerciaux. L'auteur parle d'impérialisme du droit communautaire, qui fait fi des raisonnements habituels des branches concernées du droit national. Ce constat du caractère impératif de certaines dispositions communautaires est repris dans le Livre vert précité, Document COM. (2002), 654 final du 14 janvier 2003, § 3.2.8.3..

également recouru, dans cet arrêt, à la référence expresse, par la directive sur les agents commerciaux, à son propre caractère impératif, ainsi qu'à la protection des personnes. Nous préciserons enfin, dans l'esprit de cette dernière remarque, que certaines des directives que nous avons évoquées se définissent elles-mêmes comme étant impératives. Au vu de la jurisprudence Ingmar, cela signifie qu'elles doivent s'appliquer territorialement³³², dès lors que l'activité est exercée sur le territoire d'un Etat membre, indépendamment, donc, du lieu du siège social de l'établissement de crédit ou du prestataire de services d'investissement.

111. Directive 2000/12 du 20 mars 2000, dite directive bancaire. Cette directive précise, en son considérant n° 4, que : « La présente directive constitue **l'instrument essentiel pour la réalisation du marché intérieur**, décidée par l'acte unique européen et programmée par le livre blanc de la Commission, sous le double aspect de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, dans le secteur des établissements de crédit ». Ce double visa nous semble suffire, au regard de la jurisprudence Ingmar précitée, pour considérer la directive bancaire comme une « loi de police ». En effet, la justification de cette directive doit être recherchée dans la satisfaction d'un objectif essentiel fixé par le Traité de Rome et les actes et documents subséquents que sont l'Acte Unique européen et le livre blanc de la commission. Ce texte mis à part, il n'est pas fait de référence expresse à un quelconque caractère impératif de cette directive, comme ce pourra être le cas dans certaines autres que nous aborderons.

112. Directive sur les services d'investissement. Une disposition analogue est contenue dans la D.S.I., car le premier considérant précise que : « la présente directive constitue **un instrument essentiel pour la réalisation du marché intérieur**, décidée par l'Acte unique européen et programmée par le «Livre blanc» de la Commission, sous le double aspect de la liberté **d'établissement et de la libre prestation des services**, dans le secteur des entreprises d'investissement ». Nous formulerons donc, quant à cette directive, la même conclusion que celle relative à la directive bancaire³³⁴.

113. Directive 2000/46 sur les établissements de monnaie électronique. Cette directive, en son article 2, paragraphe 1, dispose que : « Sauf indication contraire expresse, seules les références aux établissements de crédit figurant dans la directive 91/308/CEE et dans la directive 2000/12/CE, à l'exception de son titre V, chapitre 2,

³³² Voir *Ibidem*. La protection de la partie faible ne sert pas de fondement à cet arrêt. La justification de cette décision réside plutôt dans la volonté de donner pleine efficacité à la liberté d'établissement et le jeu de la concurrence non faussée, c'est-à-dire, donc, des justifications purement communautaires puisque contenues dans le Traité de Rome. Certes, la directive vise à la protection des personnes, mais sans aller jusqu'à la protection d'une partie dite faible. Voir C.J.C.E., 9 novembre 2000, Ingmar précité, Rec. 2000, page I-09305 et suivantes, points 20 et 21 pour la protection des personnes pris en tant que justification du caractère impératif ; points 22 pour la référence expresse de la directive à son propre caractère impératif ; et point 23 pour la justification par la préservation des libertés issues du Traité de Rome. A cet égard, la note de Laurence IDOT nous paraît incomplète car elle ne fait état que des seules justifications du point 23. Ceci étant, il s'agit bien, à chaque fois, de justifications purement communautaires. Voir cependant avec profit GANNAGÉ (L.), La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, pp. 421 à 445, spécialement pp. 432 et suivantes.

³³³ Voir même arrêt, point 25.

s'appliquent aux établissements de monnaie électronique ». Cette directive ne traite pas expressément de son caractère impératif. Mais elle renvoie à la directive bancaire, selon la disposition rapportée, à l'exception des seules dispositions relatives aux instruments techniques de surveillance prudentielle. Il en résulte que de manière indirecte, les établissements de monnaie électronique sont soumis, pour tout le reste, à la directive bancaire, et partant, relèvent de ses dispositions impératives. Il n'y a donc pas lieu de se prononcer sur le caractère impératif de la directive sur les établissements de monnaie électronique, car le renvoi à la directive bancaire suffit en lui-même.

114. Directive sur les services financiers à distance. Le premier considérant indique que : « Il importe, dans le cadre de la réalisation des objectifs du marché intérieur, d'arrêter les mesures destinées à consolider progressivement celui-ci, ces mesures devant par ailleurs contribuer à réaliser un niveau élevé de protection des consommateurs, conformément aux articles 95 et 153 du traité ». Nous avons vu que la jurisprudence Ingmar se fondait, notamment, sur la protection des personnes pour qualifier la directive objet de cette décision de « loi de police ». Or, il nous semble que la disposition rapportée procède de cette même volonté. Par ailleurs, et de manière expresse, l'article 12 s'intitule « caractère impératif des dispositions de la présente directive ». L'article 12-1 de la dispose que : « le consommateur ne peut renoncer aux droits qui lui sont conférés par la présente directive ». L'article 12-2 poursuit en ces termes : « Les Etats- membres prennent les mesures nécessaires pour veiller à ce que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait que la loi choisie pour régir le contrat serait la loi d'un Etat tiers, si le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou plusieurs Etats membres ». Il existe donc, dans ce texte, une disposition expresse, permettant d'en déduire le caractère impératif. Il y a donc tout lieu de penser que dans l'hypothèse où la Cour de Justice des Communautés Européennes aurait à se prononcer sur le caractère « de police » de cette directive, elle serait conduite à formuler la même conclusion que celle issue de la jurisprudence Ingmar.

115. Directive commerce électronique . Cette directive ne comporte pas de disposition expresse quant à son caractère impératif. Mais elle n'en est pas moins pourvue de ce caractère. En effet, le 3^{ème} considérant dispose que : « Le droit communautaire et les caractéristiques de l'ordre juridique communautaire constituent un atout essentiel pour que les citoyens et les opérateurs européens puissent bénéficier pleinement, sans considération de frontières, des possibilités offertes par le commerce électronique. La présente directive a ainsi pour objet d'assurer un niveau élevé

³³⁴ Dans le même esprit, le 31^{ème} considérant précédant la directive 2004/39 précise que « L'un des objectifs de la présente directive est de protéger les investisseurs. Les mesures destinées à protéger les investisseurs doivent être adaptées aux particularités de chaque catégorie d'investisseurs (client de détail, professionnels et contreparties). ». Par ailleurs, le 71^{ème} considérant débute ainsi : « L'objectif qui consiste à créer un marché financier intégré où les investisseurs jouissent d'une protection suffisante et où l'efficacité et l'intégrité du marché au sens général sont préservées requiert de fixer des règles communes applicables aux entreprises d'investissements où qu'elles aient été agréées dans la Communauté et régissant le fonctionnement des marchés réglementés et des autres systèmes de négociation, de façon à éviter que l'opacité d'un seul marché ou un dysfonctionnement de celui-ci ne compromette le fonctionnement efficace du système financier européen dans son ensemble... ». Là encore, sans qu'il soit fait référence à un réel caractère impératif, les critères dégagés par l'arrêt Ingmar paraissent être respectés.

d'intégration juridique communautaire afin d'établir un réel espace sans frontières intérieures pour les services de la société de l'information ». Mais la manifestation la plus marquée de l'impérativité de cette directive réside, selon nous, dans le 10^{ème} considérant, qui précise : « [...] la directive doit assurer un haut niveau de protection des objectifs d'intérêt général, en particulier la protection des mineurs, de la dignité humaine, du consommateur et de la santé publique. Conformément à l'article 152 du traité, la protection de la santé publique est une composante essentielle des autres politiques de la Communauté ». Il nous apparaît qu'il s'agit là de l'expression d'un intérêt jugé crucial par les institutions communautaires. Cela pourrait donc, au regard de la jurisprudence Arblade³³⁵, conduire à la qualification de ces directives en « loi de police ».

116. Conclusion sur l'impérativité des directives. Cette qualité ne fait donc, selon nous, quasiment aucun doute. Soit que les directives impliquées y fassent référence, soit qu'elles se définissent comme étant la mise en œuvre de la liberté d'établissement ou de la libre prestation de services. C'est-à-dire que les directives ne sont que l'instrument (c'est systématiquement comme cela qu'elles se définissent elles-mêmes) permettant la mise en œuvre de l'une des données du droit fondamental de l'Union européenne. Dans la jurisprudence Ingmar, cette caractéristique impliquait forcément que la directive visée soit d'application territoriale³³⁶. Cette tendance, qualifiée par certains auteurs d'impérialiste³³⁷, traduit une montée en puissance de l'espace intégré que constitue l'Union européenne, en ce qu'elle estime certains intérêts comme primordiaux à défendre sur le plan international, à l'instar de ce que l'on a pu observer à l'échelle des Etats. Il faut désormais poursuivre le raisonnement en observant comment d'autres espaces économiques intégrés ont réglementé les activités bancaires et financières, pour apprécier leur application territoriale, et leur caractère impératif, dans le but de vérifier s'il y a lieu d'anticiper d'éventuels conflits de dispositions émanant d'espaces économiques intégrés.

B) Sources issues d'autres espaces économiques intégrés

117. Intérêt et plan. Nous proposons d'analyser, pour certains espaces économiques intégrés, si les normes sur lesquelles ils reposent (Traités fondateurs ou droit originaire), ou qu'ils édictent (droit dérivé), sont explicites quant à leur champ d'application territoriale. Si tel est le cas, il sera dès lors éventuellement possible, dans la suite de nos développements, d'envisager un conflit de dispositions de type nouveau entre dispositions issues d'espaces économiques intégrés. Cependant, il est trop tôt pour conclure sur ce sujet pour l'instant : nous ne pourrions le faire qu'après avoir étudié d'une part les territoires couverts par ces textes, que ce soient ceux issus de l'Union européenne ou ceux issus d'autres espaces économiques intégrés ; et d'autre part les questions relatives à l'extraterritorialité des textes communautaires. Ce sont les conditions sine qua non pour que l'hypothèse du conflit sus-évoqué puisse voir le jour. Pour l'heure, puisque nous

³³⁵ Voir C.J.C.E., 23 novembre 1999, J.C. Arblade, précité note 295.

³³⁶ Arrêt Ingmar GB précité, Point n° 24.

³³⁷ Voir note IDOT précitée.

sommes dans l'étude des causes de la territorialité des monopoles professionnels analysés, il convient de vérifier si ces divers textes envisagent leur champ d'application territoriale, et comment ils procèdent. Ce pourrait être l'occasion de relever d'éventuelles disparités, que nous pourrions exploiter lorsque nous débattrons de l'unification ou de la coordination des dispositions applicables dans notre seconde partie. Seront ainsi successivement envisagés les cas du Mercosul, de l'ALENA, et de l'OHADA.

1) Sources issues du Mercosul

118. Présentation générale. Le 26 mars 1991, le Traité d'Asunción pour la Constitution du Marché Commun du Sud – le MERCOSUL – fut signé. Le Traité d'Asunción, définit les bases de création du Marché Commun, et il a été enrichi de Protocoles Additionnels, parmi lesquels on retiendra le Protocole d'Ouro Preto, du 17/12/95, sur les Aspects Institutionnels. Le Protocole d'Ouro Preto, signé par le Président Itamar Franco pour le Brésil et par les Présidents Menen, pour l'Argentine, Wasmosy, pour le Paraguay, et Lacalle, pour l'Uruguay, a créé la nouvelle structure institutionnelle du MERCOSUL destinée à être appliquée durant la période de consolidation de l'Union Douanière³³⁸. Le Traité d'Asunción a créé l'organe supérieur du MERCOSUL, le Conseil du Marché Commun. Il est assisté d'organes plus techniques, les sous-groupes de travail (S.G.T.). Le S.G.T. n° 4 a pour mission les Affaires financières³³⁹, et travaille à une éventuelle libéralisation graduelle du secteur financier sur le MERCOSUL, tant à propos des services bancaires que des services financiers. Dire si ces sources sont d'application territoriale relève de la gageure. En effet, aucune disposition du Traité ou du Protocole ne vient préciser quoi que ce soit à ce sujet. Il y a alors lieu de faire application de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, qui ne fait que codifier sur ce point le droit coutumier³⁴⁰. En effet, l'article 29 dispose que : « Art. 29 – Application territoriale des traités – À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire ». Or, il appert que sur les quatre pays membres du MERCOSUL, trois seulement ont ratifié cette convention. L'article 5 de cette convention nous paraît cependant lever cette ambiguïté, car il dispose que : « La présente Convention s'applique à tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale et à tout traité adopté au sein d'une organisation internationale, sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation. ». Il est entendu que les termes organisation internationale englobent les organisations intergouvernementales (article 2 – 1 – i de la convention). Or, le Traité d'Asunción, en créant le Conseil du Marché Commun, crée une organisation intergouvernementale. Par suite, la Convention de Rome s'applique au Traité d'Asunción, y compris, donc, son article 29. Les dispositions de ce traité sont donc d'application territoriale. Attention aux mises à jour quant à ce traité, voir sur internet.

³³⁸ Sur le sujet, voir l'ensemble des informations disponibles sur le site <http://www.brasil.org>.

³³⁹ Voir <http://www.brasil.org/chapitre3/chap36.htm>, et <http://www.brasil.org/chapitre3/chap37.htm>.

³⁴⁰ Voir pour le recours à cette convention en cas de silence d'un Traité, ZILLER (J.), *Jurisl. Europe*, Fasc. 470, Champ d'application du droit communautaire – application territoriale, n° 7. Cette convention est entrée en vigueur le 6 juin 1990.

2) Sources issues de l'ALENA.

119. Présentation générale. En janvier 1994, le Canada, les Etats-Unis et le Mexique ont lancé l'Accord de Libre-échange nord-américain (ALENA). Ce traité est de loin le plus complet des textes instituant des espaces économiques intégrés, si l'on excepte tout au moins l'Union européenne. Une volonté de précision animait sans aucun doute ses rédacteurs. L'article 201 – 1 définit le terme territoire : cela signifie, pour chaque Partie, le territoire de cette Partie au sens de l'annexe 201.1, laquelle énumère les territoires en question³⁴¹. Le chapitre 14 de ce traité intéresse les services financiers, et comprend un article 1416 libellé comme suit : « Aux fins du présent chapitre : [...] fournisseur de services financiers d'une Partie désigne une personne d'une Partie dont l'activité consiste à fournir des services financiers sur le territoire de cette Partie ; fournisseur de services financiers transfrontières d'une Partie désigne une personne d'une Partie dont l'activité consiste à fournir des services financiers sur le territoire de la Partie et qui cherche à fournir ou fournit des services financiers sur le territoire des autres Parties ; institution financière désigne un intermédiaire financier, ou autre entreprise, qui est autorisé à exercer des activités commerciales et qui est réglementé ou supervisé à titre d'institution financière en vertu de la législation de la Partie sur le territoire de laquelle il est situé ; nouveau service financier désigne un service financier qui n'est pas fourni sur le territoire de la Partie mais l'est sur le territoire d'une autre, et comprend toute forme nouvelle de prestation d'un service financier ou la vente d'un produit financier qui n'est pas vendu sur le territoire de la Partie ; [...] prestation transfrontières d'un service financier ou commerce transfrontières de services financiers désigne la prestation d'un service financier : a) depuis le territoire d'une Partie vers le territoire d'une autre Partie ; b) sur le territoire d'une Partie par une personne de cette Partie à une personne d'une autre Partie ; ou c) par un ressortissant d'une Partie sur le territoire d'une autre Partie ». L'on voit que comme pour le Traité de Rome, un territoire est visé par le Traité instituant l'ALENA, et que le terme « territoire » sert d'assise à de nombreuses définitions comprises dans le traité, à l'exclusion de tout recours à un quelconque critère personnel.

3) La question de l'OHADA

120. Exclusion de l'étude. Le 17 octobre 1993 était signé à Port-Louis un Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Actuellement, on dénombre 16 Etats membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires³⁴². Ce traité a pour objectif de remédier à l'insécurité juridique et judiciaire existant dans les Etats Parties en modernisant et en harmonisant – par l'adoption de règles communes minimales et simples – le droit des Affaires dans les différents Etats membres³⁴³. Le but

³⁴¹ Voir ce Traité à l'adresse <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/accord/chap-2.asp>.

³⁴² Il s'agit de la Guinée Bissau, du Sénégal, de Centrafrique, du Mali, des Comores, du Burkina Faso, du Bénin, du Niger, de la Côte d'Ivoire, du Cameroun, du Togo, du Tchad, du Congo, du Gabon, de la Guinée Equatoriale, et de la Guinée. Voir ce dernier état de la composition de cette organisation, avec les dates d'adhésion ou de ratification, les dates de dépôt de l'instrument de ratification et d'entrée en vigueur par Etat le Tableau chronologique de l'OHADA sur le site <http://www.ohada.com/chrono.php>.

est de rassurer les investisseurs et de faciliter les échanges entre les Etats Parties. Mais dans les objectifs du Traité, rien n'est précisé quant à l'accès ou l'exercice des activités bancaires ou financières, et plus largement quant au droit bancaire ou financier. Ce thème n'est jamais abordé, d'ailleurs, par les Actes Uniformes, c'est-à-dire les actes pris pour l'adoption des règles communes évoquées ci-dessus³⁴⁴. Il n'y aura donc pas lieu d'étudier la position du Traité OHADA sur le thème qui nous préoccupe. Pour l'heure, nous retiendrons que les accords instituant des espaces économiques intégrés sont d'application territoriale, et non pas personnelle.

121. Conclusion. De ce qui précède, il résulte que les accords instituant des espaces économiques intégrés sont d'application territoriale. Cela est intimement lié au fait que le territoire sur lequel s'applique un tel accord est défini par référence à la juxtaposition des territoires des Etats membres. Partant, et nous le vérifierons, il semble difficile de concevoir des conflits entre normes issues d'espaces économiques intégrés. Sauf, bien entendu, à ce qu'un Etat soit partie à deux espaces simultanément. Or, cela nous semble diplomatiquement intenable, et lorsque ce type de situation se présente, des conventions ont pu être signées entre ces Espaces³⁴⁵. Il reste que les justifications de la territorialité des monopoles professionnels sont établies sur le plan national comme sur le plan communautaire. Nous devons à présent vérifier qu'il en va de même sur le plan international.

§ - 2 Influence de l'Accord Général sur le Commerce des Services

122. Plan. Nous avons, jusqu'à présent, insisté sur le caractère territorial de divers textes, tant sur le plan national qu'issus d'espaces économiques intégrés. Mais nous avons également précisé plus haut que l'activité bancaire et financière avait fait l'objet de toute l'attention de l'Organisation Mondiale du Commerce. Nous proposons de montrer que l'application des textes issus de cette organisation internationale est, là encore, territoriale. Cela peut paraître curieux, car la notion de frontière ne devrait pas, a priori, interférer sur le plan mondial. Nous verrons qu'il n'en est rien, et ce par l'étude de l'Accord Général sur le Commerce des Services (A.G.C.S.). Nous appuierons notre réflexion sur deux directions. La première s'attachera à l'étude du texte lui-même, et la seconde traitera de ses annexes, afin de vérifier si elles ne recèlent rien de dérogatoire, tout au moins quant au principe d'application territoriale³⁴⁶.

³⁴³ Voir à propos de ce Traité la présentation disponible à l'adresse <http://www.jurisint.org/pub/ohada/pres.html>.

³⁴⁴ *Ibidem*. Et voir LAURIOL (T.M.), OHADA : l'intensification du processus d'harmonisation, *R.D.A.I.*, 2001, n° 6, pp. 752 à 758.

³⁴⁵ C'est très exactement le cas des accords de Porto, conclus entre l'Union Européenne et l'Association Européenne de Libre Echange.

³⁴⁶ Nous verrons plus loin qu'elles affectent la mesure du champ d'application spatial de l'accord, de même, d'ailleurs, que certaines mesures dérogatoires que les Etats peuvent prendre par rapport aux engagements qu'ils souscrivent dans le cadre de l'O.M.C.

A) L'Accord général sur le commerce des services

123. Origine de l'A.G.C.S. Cet Accord est issu des négociations menées dans le cadre de l'Uruguay Round. Ce cycle fut officiellement lancé le 20 septembre 1986, par la Déclaration ministérielle des parties contractantes du G.A.T.T.³⁴⁷, réunies en session spéciale à la Conférence de Punta del Este. A la conférence ministérielle de Montréal de décembre 1988, les négociations sont examinées à « mi-parcours », car la durée initialement prévue de ce cycle était de quatre ans. En décembre 1990, à la conférence de Bruxelles, subsistaient encore beaucoup de points de désaccord. Après un texte de compromis et de nombreuses négociations, l'Acte final de l'Uruguay Round fut signé par 119 pays à Marrakech, le 15 avril 1994. A ces huit années de négociations, il faut ajouter le travail préalable de quatre années ayant permis d'aboutir à la déclaration de Punta del Este³⁴⁸. Ceci permet de juger de l'ampleur de la tâche accomplie. Il faut relever, avant d'aborder plus précisément la structure de cet acte final, que les Etats ont perdu leur statut de partie contractante, pour endosser celui d'Etat membre de l'O.M.C. Quant à la structure proprement dite, elle s'articule autour de trois piliers³⁴⁹. Le premier d'entre eux est l'accord sur les biens, autrement dénommé G.A.T.T. 1994, car il comporte l'Accord du G.A.T.T. de 1947 ainsi qu'un certain nombre d'accords relatifs à son interprétation. Le second pilier est un Accord Général sur le Commerce des Services, ou A.G.C.S.³⁵⁰, qui nous intéressera tout particulièrement parce que les activités que nous analysons dans le cadre de cette étude relèvent de la prestation de services, et leur commerce a été directement envisagé par ce texte. Enfin, le troisième pilier est un accord sur les droits de propriété intellectuelle³⁵¹. Nous ne traiterons ici que du second pilier.

124. Structure de l'A.G.C.S. Il a été affirmé que cet accord était emblématique de l'Uruguay Round³⁵². Sa structure est complexe, ce qui illustre l'âpreté des débats qui a entouré les négociations. Mais c'est à ce prix qu'il a été possible d'aboutir à un texte de portée universelle de principe, qui n'exclut aucun pays ni aucune industrie de services. L'A.G.C.S. est constitué de deux volets. Le premier comprend huit textes s'appliquant à

³⁴⁷ General Agreement on Tariffs *in* Trade.

³⁴⁸ Sur ces négociations et leurs péripéties, voir MESSERLIN (P.), *La nouvelle organisation mondiale du commerce*, Institut Français des Relations extérieures, Coll. Ramsès, Dunod, Paris, 1995, pp. 21 à 23, et à partir de la page 15 pour les éléments relatifs au G.A.T.T. ; pour une analyse plus poussée, voir PACÉ (V.), *L'organisation Mondiale du Commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, collection logiques juridiques, l'Harmattan, Paris, 2000.

³⁴⁹ Voir MESSERLIN (P.), *Op. cit.*, pp. 22, 23 et 27.

³⁵⁰ Cet accord est autrement dénommé General Agreement on Tariffs *in* Services (G.A.T.S.).

³⁵¹ L'ensemble de l'Acte final peut être consulté soit sur le site de l'O.M.C. à l'adresse <http://www.wto.org>, soit sur support papier, dans l'ouvrage publié par le SECRÉTARIAT DU G.A.T.T., *Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay, textes juridiques*, Genève, 1994.

³⁵² *Ibidem*, page 213.

tous les pays ayant signé l'Uruguay Round. Ce premier volet se compose d'un accord cadre en 28 articles qui s'applique à tous les secteurs de services, et de sept annexes donnant le détail de l'application de certaines règles à des secteurs d'activité, aux rangs desquels figurent les services financiers. Il faut encore ajouter sept décisions ou memoranda ministériels. Le second est constitué par les engagements spécifiques de chaque signataire, c'est-à-dire la liste des concessions que chaque pays décide de consentir à ses partenaires commerciaux lors des négociations de libéralisation. Le premier volet nous retiendra dans le cadre de cette recherche, et nous distinguerons les dispositions de l'accord cadre de ses annexes.

125. Des références permanentes au territoire plutôt qu'aux personnes. Comme dans un certain nombre de traités que nous avons pu évoquer, des références récurrentes au territoire sont faites dans les dispositions finales de l'A.G.C.S.. Mais la première partie, consacrée à la portée et à une définition, est également riche d'enseignements. L'article 1er de l'A.G.C.S. dispose que : « 2. Aux fins du présent accord, le commerce des services est défini comme étant la fourniture d'un service : a) en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre ; b) sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre ; c) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre ; d) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre ». Les dispositions finales emploient également cette terminologie, puisque l'article XXVIII, comportant un certain nombre de définitions, précise cette dernière notion de présence commerciale en la rattachant bien au territoire d'un Membre. Par ailleurs, ce même article précise également les notions de personne physique ou morale « d'un autre Membre ». A cette occasion, le rattachement est fait en fonction de la résidence desdites personnes sur le territoire d'un Etat Membre, et non pas de leur nationalité³⁵³. Nous rappelons que par ailleurs, si cet accord avait été totalement silencieux sur son application territoriale, il y aurait lieu, à notre sens, de faire application de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des Traités dont nous avons déjà parlé précédemment³⁵⁴. Cet élément nous semble conforté, par ailleurs, par le fait qu'un traité, quel qu'il soit, n'a de vocation à recevoir application que sur le territoire des seuls Etats qui l'ont signé ou ratifié, ce qui exclut, donc, le territoire des Etats non signataires³⁵⁵.

B) Les annexes

126. Dualité des annexes. Il faut relever l'existence, pour notre étude, de deux types d'annexes. Les premières concernent les exemptions des obligations instituées par l'article II du traité, lesquelles consistent en une clause de la nation la plus favorisée³⁵⁶, à

³⁵³ Voir l'article XXVIII, § k et m.

³⁵⁴ Voir *supra* n° 118.

³⁵⁵ Voir en ce sens ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (O.M.C.), Résultats des négociations sur les services financiers dans le cadre de l'Accord Général sur le Commerce des Services (A.G.C.S.), <http://wto.org/wto/french/service/finbackf.htm>.

laquelle il est loisible aux Etats, sous certaines conditions, de s'exonérer. Les secondes portent sur les services financiers eux-mêmes. Il y a toutefois lieu de préciser que le premier type d'annexe ne fera pas l'objet de davantage de précisions de notre part, dans la mesure où elles n'indiquent rien de dérogoire à l'accord quant à l'application sur un territoire donné. Il y a également lieu de relever que ces annexes font partie intégrante de l'accord, selon les termes de l'article XXIX de l'A.G.C.S. Par ailleurs, l'application d'une exemption n'est concevable que sur le territoire de l'Etat qui l'a sollicitée. Nous nous intéresserons donc particulièrement aux annexes relatives aux services financiers.

127. Les annexes relatives aux services financiers. L'acte final contient deux annexes relatives aux services financiers. Il peut, au premier abord, paraître curieux que l'on ait recouru à deux annexes plutôt qu'à une seule. Mais cela nous semble révélateur des difficultés rencontrées lors des débats. Nous les étudierons tour à tour.

1) Première annexe

128. Dispositions expresses procédant par renvoi aux dispositions générales. Cette annexe, relative notamment à certaines définitions, renvoie de manière expresse aux dispositions de l'article 1^{er}, paragraphe 2, que nous avons déjà évoqué. En effet, le premier point de ce texte dispose que : « la présente annexe s'applique aux mesures qui affectent la fourniture de services financiers. Dans la présente annexe, la fourniture d'un service financier s'entendra de la fourniture d'un service telle qu'elle est définie au paragraphe 2 de l'article 1^{er} de l'Accord ». Puis, la notion de fournisseur de services financiers est rattachée à celle, évoquée précédemment, de personne physique ou morale d'un Membre, à propos de laquelle nous avons souligné l'importance du territoire. Tout ceci n'a rien d'étonnant, dans la mesure où les annexes font partie intégrante du texte lui-même.

2) Seconde annexe

129. Absence de dispositions expresses. Cette annexe prévoit dans quelles modalités des mesures dérogoires aux principes édictés par l'article II ³⁵⁷ de l'Accord pourront être prises par les Etats. En l'absence de disposition particulière ou expresse sur l'application territoriale de cette annexe, nous ne pouvons que renvoyer à nos commentaires relatifs à l'application territoriale de l'Accord lui-même. Mais de plus, il faut préciser qu'une mesure d'exemption concernant un Etat donné va s'appliquer sur le territoire dudit Etat, et impliquera forcément que sur ce même territoire, l'accord ne recevra pas application concernant l'obligation à laquelle il sera dérogoé.

130. Conclusion sur l'application territoriale de l'A.G.C.S . et des actes

³⁵⁶ Cette clause oblige chaque Etat signataire à accorder immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays. Il est prévu un certain nombre d'exemptions de cette obligation, qui doivent figurer dans des annexes prévues à cet effet.

³⁵⁷ Il s'agit de la clause de la Nation la Plus Favorisée.

subséquents. Nous pouvons observer deux traits principaux, relativement à l'application territoriale de l'A.G.C.S. et des divers actes qui en sont la suite logique. D'abord, c'est bien d'application spatiale dont il doit être question. Les justifications résident tant dans les textes eux-mêmes, par référence à des critères d'ordre territorial, que dans le recours à la Convention de Vienne sur le droit des Traités. Ensuite, la délimitation territoriale procède de la volonté des Etats à un double titre : soit elle résulte de la volonté de tel Etat de ne pas participer à l'Accord, par signature ou par ratification ; soit par la mise en œuvre de certaines exemptions d'obligations prévues par l'Accord. Ce dernier système aboutit, sur le territoire de l'Etat exempté, à ne pas appliquer le texte de l'A.G.C.S. relativement à la question ou la mesure visée par l'exemption. Nous n'avons pas encore mesuré le territoire couvert par ce principe. Nous y viendrons en temps utile.

131. Conclusion sur la diversité des normes d'application territoriale. Nous avons pu établir que l'ensemble des normes applicables aux monopoles bancaires et financiers était d'application territoriale plutôt que personnelle, c'est-à-dire selon le premier des trois sens dégagés par FRANCESEKAKIS³⁵⁸. Les critères dégagés sont d'ailleurs tous d'inspiration territoriale. Il en découle que l'étude du champ d'application territoriale apparaît légitimée, par exclusion d'une analyse personnaliste. Mais ce n'est pas là le seul enseignement de nos développements. En réfléchissant sur les causes de cette application territoriale, nous avons analysé un certain nombre de textes, émanant d'ordres juridiques différents. Ces différents textes envisagent, chacun à leur manière, la façon de justifier d'une application territoriale. Certains d'entre eux nécessitent de se pencher sur les intentions des rédacteurs, par une analyse téléologique. D'autres procèdent par disposition expresse, soit directe, soit par renvoi à d'autres textes plus généraux. Comme il n'existe pas de définition internationale et universelle de ce qu'est l'application territoriale, cette pluralité de textes conduit à l'expression de plusieurs critères d'efficacité internationale, et conduit à plusieurs types de justification de l'application spatiale. Et ce même au sein d'un ordre juridique particulier. Cela participe donc à la pluriterritorialité. Nous montrerons, dans nos développements futurs, que cela favorise l'émergence de plusieurs sphères d'application spatiale.

Chapitre 2. La portée de la pluriterritorialité.

132. Intérêt de la notion. Nous avons tenté de dégager, sous un vocable qui peut sembler un peu hardi, une réalité juridique. A savoir que les monopoles professionnels sont régis par un foisonnement de textes matériellement territoriaux³⁵⁹. Une

³⁵⁸ Voir FRANCESEKAKIS (Ph.), *Rep. Dalloz Int.*, V^{is} Conflits de lois (principes généraux) précité, n° 130. Nous avons vu que le second sens qu'il dégageait mettait l'accent sur le rattachement fonctionnant sur la base de critère d'ordre territorial. Nous débattons de cette question dans notre seconde partie, parce que mettre en œuvre la théorie de la localisation en matière de dispositions de police revient à résoudre certains problèmes de méthode qu'il apparaît prématuré d'aborder ici. Il reste que sur ce second terme également, nos recherches nous ont conduit à mettre en exergue des rattachements de type territorial plutôt que personnel.

³⁵⁹ Voir nos développements *supra* n° 23 et suivants.

conséquence directe est que les monopoles s'appliqueront sur plusieurs territoires, dans le respect de la deuxième acception du terme « territorialité », que nous avons dégagée en introduction. Coexisteront donc plusieurs champs. C'est là la manifestation tangible et directe du phénomène de pluriterritorialité. Nous présenterons donc ces différentes zones d'application territoriale. La démarche employée pourrait se comparer à celle d'un cartographe, chargé de dresser avec précision une sorte de mappemonde. Et ce n'est qu'après avoir fait un véritable recensement de ces zones que nous pourrions en tirer un certain nombre d'enseignements. Nous procéderons alors à l'étude de conséquences, plus indirectes, du concept de pluriterritorialité. En effet, nous aurons l'occasion de montrer que la carte obtenue présente des juxtapositions de champs spatiaux, ainsi que des lacunes. Nous devons tenir compte, lors de cette étude, des rapports d'acculturation, d'ignorance ou parfois d'oppositions existant entre les différents ordres juridiques, entre leurs textes. Ce sera également l'occasion de relever que cette superposition de sphères d'application spatiale laisse subsister des zones non couvertes, ou mal couvertes, en somme des carences. Le professionnel désireux d'exercer en France pourra éventuellement les exploiter, lorsque ce sera possible.

Section 1. La pluralité de champs d'application territoriale, conséquence directe du phénomène de pluriterritorialité des monopoles bancaires et financiers.

133. Distinction. La distinction principale que nous opérerons procède directement de la distinction que nous avons faite en termes de cause du phénomène de pluriterritorialité, entre l'ordre juridique national, communautaire ou international. Nous étudierons donc le territoire sur lequel s'appliquent les monopoles issus du droit français. Nous aurons alors l'occasion de relever certains particularismes de ce territoire. Puis, dans le même sens que nos observations quant à l'étude des sources, nous évoquerons le cas de l'Union européenne. Nous délimiterons, là encore, géographiquement le champ d'application des textes intéressant les monopoles professionnels objets de la présente recherche. Enfin, une tentative de délimitation du territoire sur lequel s'appliquent les dispositions de l'A.G.C.S. sera effectuée, même s'il peut paraître saugrenu d'envisager une délimitation spatiale d'un texte qui se voudrait universel. Nous avons déjà pressenti qu'une telle délimitation était envisageable, eu égard au rôle des Etats dans l'application des traités en général, et dans la mise en œuvre des accords du G.A.T.S. en particulier.

§ - 1 Le territoire français

134. Intérêt de la recherche. A priori, la cause peut paraître entendue. Nous rappellerons en effet que « la France est une république indivisible », selon les termes de l'article 2 de la constitution du 4 octobre 1958. L'article 1^{er} du code civil semble également contribuer à emporter la conviction que le territoire français devrait être monolithique, et que par conséquent, il n'y aurait pas lieu d'apporter davantage de précision. Ce dernier texte précise en effet que « les lois sont exécutoires dans tout le territoire français [...] ». Mais il y a immédiatement lieu d'ajouter que pour tenir compte de certaines spécificités locales, des dispositions particulières visent certaines parties du territoire. C'est le cas, par exemple, de la législation sur les baux commerciaux. Qui plus est, les textes précités ne

contiennent aucune définition de ce qu'il faut entendre par « territoire français ». Cette notion s'est forgée à travers l'histoire de notre pays, tant sur le plan strictement interne, c'est-à-dire cantonné aux frontières de la métropole ; qu'sur le plan des territoires français, ou qui ont fait partie de la France, ou encore qui entretiennent avec la France des relations particulières, et qui ne sont pas compris dans la métropole. Nous envisagerons donc la délimitation du territoire métropolitain. Ensuite, la question de l'Outre-mer et de ses diverses déclinaisons sera traitée.

A) Territoire métropolitain

135. Problématique. Les recherches qui suivront n'auront pas pour dessein de morceler à l'infini le territoire sur lequel s'appliquent les dispositions de police relatives aux monopoles étudiés. Mais il apparaît que certaines portions de ce territoire ont une histoire particulière, qui a conduit à l'émergence, en leur sein, de dispositions spécifiques. Nous tenterons de vérifier la présence, ou l'absence de telles dispositions particulière. L'intérêt de cette question, pour notre étude, est de mettre, éventuellement, en exergue des zones délimitées du territoire français dans lesquelles l'application des monopoles bancaires et financiers tels qu'issus des textes étudiés en chapitre premier peut nécessiter des modalités particulières. Au cas contraire, nous pourrions formuler que sur l'application des monopoles bancaires et financiers, le territoire métropolitain est une notion unifiée. Les particularismes fournis par l'histoire de France ne sont pas légion. Il n'y a guère, à notre sens, que l'Alsace-Moselle. Nous tenterons, au sujet de cette zone, de déterminer l'existence – ou l'absence – de spécificités quant à la question de l'application spatiale des monopoles analysés.

1) La problématique de l'Alsace-Moselle

136. Existence et justification d'une spécificité juridique. Plus de soixante-dix ans après le retour de l'Alsace-Lorraine à la France, il subsiste dans les trois départements qui composent cette région, à savoir le Bas-Rhin, le Haut-Rhin et la Moselle, une législation spécifique³⁶⁰ à certains égards. Pour comprendre pourquoi, il convient de s'interroger sur les différents régimes législatifs de l'Alsace-Lorraine. Le droit local puise ses sources auprès de trois types de textes. D'une part, les textes d'origine française, antérieurs à 1870, et non abrogés par l'Administration allemande ; d'autre part, des lois dites d'Alsace-Lorraine, adoptées par le Parlement local ou par les autres autorités compétentes pour le Land Alsace-Lorraine ; et enfin des lois dites d'Empire, applicables à tout le territoire allemand³⁶¹. Cet ensemble de textes allait devenir, pour les autorités françaises, le « droit local ». Aucune méthode précise ou coordonnée n'a été adoptée pour l'introduction du droit français dans le droit local. Il en résulte que certains textes locaux restent en vigueur, soit parce qu'ils présentent une supériorité intrinsèque

³⁶⁰ Voir sur le droit alsacien et mosellan les excellentes études de Messieurs WOEHLING (J.M.), *Juriscl. Civil*, App. Art. 8 à 10, Fasc. 1, Droit alsacien-mosellan, Principes généraux ; SANDER (É.), *Juriscl. Civil*, App. Art. 8 à 10, Fasc. 2, Droit alsacien-mosellan, particularités diverses du droit privé.

³⁶¹ Voir WOEHLING (J.M.), *Op. cit.*, n° 6.

indéniable par rapport aux textes français, soit que la population locale était fortement attachée à la survivance de certaines de leurs institutions³⁶². Il convient donc de vérifier si relativement aux monopoles professionnels étudiés, il reste encore de telles dispositions, susceptibles de déroger au droit français.

2) Absence de dispositions spécifiques dans notre domaine en Alsace-Moselle

137. Inapplicabilité à notre domaine – présentation des motifs. Si l'histoire a pu donner une particularité à la région présentée, deux branches du droit intéressant notre étude, à savoir le droit bancaire français et le droit international privé français ont effacé, chacun à leur manière, toute spécificité quant au sujet intéressant nos travaux. Nous détaillons ci-après ce phénomène, en débutant par l'explication des motifs pour lesquels le droit international privé français a favorisé l'exclusion de tout particularisme du droit alsacien et mosellan dans la réglementation relative aux monopoles professionnels bancaires et financiers.

138. Les motifs d'uniformisation inhérents au droit international privé français. A propos des conflits de lois internationaux, le système français de solutions des conflits de lois fut introduit dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle à compter de la promulgation de la loi du 24 juillet 1921. En son article 15 alinéa 2, elle précise en effet que les conflits entre les lois françaises et les lois étrangères sont régis par les dispositions de l'article 3 du code civil évoqué précédemment, et par le système de droit international privé admis en France. L'article 16 ajoute que le droit international privé allemand cessera d'être en vigueur à compter de la promulgation de cette loi³⁶³. Cela veut donc dire qu'en Alsace-Moselle, il n'existe point de spécificité du point de vue du droit international privé à propos des conflits de lois, et que la question des lois de police et de sûretés se résout exactement de la même manière que partout ailleurs en France, c'est-à-dire par le jeu de l'article 3 alinéa 1 du code civil. Il en découle que pour cette région également, les remarques évoquées sur l'architecture de l'article 3 doivent être formulées. Il n'y a donc pas, sur ce plan, de spécificité locale. Il est par ailleurs précisé que la période 1940-1945 n'a pas laissé de scorie législative, dans la mesure où l'ordonnance du 15 septembre 1944 est venue rétablir la légalité républicaine en annulant, de manière rétroactive, sous réserve de mesures transitoires, les textes édictés par la puissance occupante³⁶⁴. Les motifs inhérents au droit bancaire français corroborent ce

³⁶² *Ibidem*, n° 25.

³⁶³ Sur l'introduction du droit international privé français, voir SANDER (É.), *Op. cit.*, n° 57 ; voir également BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, t. 1, 8^{ème} éd., 1993, L.G.D.J., Paris, n° 317, page 370 ; voir également, pour l'abandon du droit international privé allemand, CA COLMAR, 13 mai 1938, Simon, *Clunet*, 1939, page 115 et s. Compte tenu de l'ancienneté de cette incorporation, il semble que le problème de l'applicabilité du droit international privé ne nous intéresse aucunement quant aux monopoles bancaires et financiers, les textes applicables étant, de loin, très postérieurs à cette loi de 1921. Les débats doctrinaux survenus à propos de la question de la date d'entrée en application de cette disposition ne seront donc pas abordés.

³⁶⁴ Voir WOEHLING (J.M.), *Op. cit.*, n° 17.

constat, il nous faut donc les aborder.

139. Les deux motifs inhérents au droit bancaire français – exclusion des conflits de lois interprovinciaux par application de plein droit en Alsace-Moselle. A y regarder de près, il semble possible de distinguer deux raisons pour lesquelles le droit bancaire français, pris en ses dispositions relatives aux monopoles bancaires et financiers, doit s'appliquer de plein droit en Alsace-Moselle. La première tient à la date des textes intéressés, et la seconde tient à leurs motivations.

140. Motifs liés à la date d'entrée en vigueur des textes intéressés. Après 1946, les lois françaises ont été introduites de plein droit en Alsace-Moselle. Puis, la loi n° 58-346 du 3 avril 1958, réalisant la validation législative d'un grand nombre de codes constitués par voie réglementaire, sauvegardait le droit local, à la faveur d'un amendement voté par le Parlement, selon lequel ces codes seront applicables dans les trois départements « sauf dispositions locales contraires »³⁶⁵. En revanche, concernant les lois nouvelles étrangères au statut local, les tribunaux admettent l'application de plein droit des lois qui sont à la fois postérieures à l'armistice de 1918, et qui contiennent des dispositions nouvelles étrangères au statut local. Cette notion de loi nouvelle n'est pas aisée à définir. Selon M. WOEHRLING, lorsque la mesure est vraiment nouvelle et ne porte pas atteinte à une quelconque disposition du droit local, l'application de plein droit de cette loi ne fait aucun doute. En revanche, il y aurait lieu, toujours selon cet auteur, d'être plus réservé quand la réglementation nouvelle s'insère dans une matière qui faisait déjà l'objet de certaines prescriptions locales. M. WOEHRLING précise que cette notion de loi nouvelle intervenant dans une matière non encore réglée est douteuse, dans la mesure où dans un Etat de droit, ce qui n'est pas interdit est autorisé, et que par conséquent, il n'existe pas de lacune de droit. Ainsi, lorsqu'une profession qui n'était pas réglementée fait l'objet d'une loi, cette loi nouvelle se substitue à un régime de pleine liberté, lequel régime peut être un élément de droit local³⁶⁶. Il faut donc vérifier si les lois régissant les monopoles professionnels étudiés sont réellement nouvelles, et, si tel n'est pas le cas, vérifier si le droit alsacien et mosellan avait antérieurement prévu des dispositions sur ce sujet. Il est observé que d'une part, lors de l'incorporation de plein droit du droit français dans le droit local, à savoir en 1946, les établissements de crédit disposaient déjà, sur le territoire français, d'un cadre juridique, issu de la loi de 1941. Il n'y a donc pas, dans ce secteur, de loi réellement nouvelle. Mais il y a lieu d'ajouter immédiatement que les spécificités propres aux trois départements dans le domaine bancaire et qui subsistent à ce jour concernent les seules procédures de surendettement³⁶⁷. De plus, la loi de 1941 avait vocation à s'appliquer en Alsace-Moselle³⁶⁸. En effet, les particularités que le droit local pouvait comporter avaient été expressément supprimées, par la loi du 1^{er} juin 1924³⁶⁹. Il en résulte que lors de la promulgation de la

³⁶⁵ *Ibidem*, n° 23.

³⁶⁶ *Ibidem*, n° 58 et 59.

³⁶⁷ Sur les spécificités persistantes en Alsace-Moselle dans le domaine du droit bancaire, voir BOUTEILLER (P.), *Jurisl. Banque et crédit*, Fasc. 735, Surendettement, n°5. Ces spécificités ont été étendues au territoire Français avec la loi n° 2003-706, dite « Borloo », du 1^{er} août 2003.

loi bancaire, il ne subsistait pas de particularisme quant au statut professionnel des établissements de crédit. En revanche, s'agissant des prestataires de services d'investissement, la loi est réellement nouvelle puisqu'elle est intervenue en 1996, et le droit local n'avait pas envisagé de règle dérogatoire. Il en découle, de ce seul motif, une application de plein droit des dispositions françaises, tant en ce qui concerne les monopoles bancaires que les monopoles financiers.

141. Raisons liées aux motivations des textes concernés. L'application de plein droit des règles « inhérentes à la souveraineté française » a été reconnue par les tribunaux³⁷⁰. M. WOEHLING relève dans cette catégorie les règles relatives au fonctionnement des pouvoirs publics, des mesures liées à la sauvegarde de l'ordre public et des principes qui traduisent les aspects essentiels de l'ordre juridique français. Mais cette notion nous semble assez floue. Ainsi, les règles de répartition de compétence entre les deux ordres de juridiction ont divisé la jurisprudence française quant à la question de savoir si elles devaient être intégrées dans ces dispositions « inhérentes à la souveraineté française »³⁷¹. De surcroît, cette notion doit être interprétée restrictivement. Ainsi n'est-il pas suffisant qu'une loi présente le caractère d'ordre public pour qu'elle doive s'appliquer de plein droit en Alsace-Moselle. Tel est l'état de la doctrine sur cette question. Il nous semble toutefois que l'on devrait ajouter, au titre des motifs permettant de recourir à l'application de plein droit des dispositions françaises la mise en œuvre des lois de police. Il nous semble en effet que les dispositions françaises devraient s'appliquer de plein droit, dans la mesure où elles constituent, à tout le moins quant aux monopoles bancaires et financiers, des dispositions de police mues – ici, il s'agit de maîtriser certains leviers de l'économie – par la sauvegarde d'intérêts jugés vitaux par l'Etat français. Aucune

³⁶⁸ Il convient de préciser que le droit alsacien et mosellan comportait un statut spécial pour les établissements de crédit mutuel, mais ce statut s'est aligné sur celui de droit français issu de l'ordonnance n° 58-966 du 16 octobre 1958, et ce par le moyen d'un décret du 3 août 1964. Cela conforte notre analyse, en ce sens que le législateur français n'a pas voulu, à propos de l'exercice de l'activité bancaire, établir une dérogation particulière en Alsace-Moselle. Voir GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), *Droit de la banque*, 1^{ère} éd., collection Thémis droit, Presses Universitaires de France, Paris, 1974, n° 133 et 142. Voir également SANDER (E.), *op. cit.*, qui ne mentionne pas de spécificité particulière en droit bancaire sur le territoire de l'Alsace-Moselle.

³⁶⁹ Voir la loi du 1^{er} juin 1924 portant introduction des lois commerciales françaises dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin, et de la Moselle, J.O. 3 juin 1924, page 5043 à 5046. Ses articles 22 et 24 ont été abrogés par l'article 4-I-11° de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, relative à la partie législative du Code de commerce. Elle a étendu à l'Alsace-Moselle les dispositions applicables sur le territoire français concernant, notamment, les questions relatives aux valeurs mobilières, aux ventes à crédit des valeurs de bourse (article 1-2°-c.). Ont également été introduites en Alsace-Moselle les dispositions françaises en matière de bourse en général, savoir la loi du 28 ventôse An IX et l'arrêté du 17 prairial An X, ainsi que la loi du 28 mars 1984 sur les marchés à terme (article 1-2°-e.). En matière de banque, cette même loi a étendu aux trois départements en question la loi du 10 juin 1853 sur les comptoirs et sous-comptoirs d'escompte (article 1-2°-j.). Il y a donc lieu d'en conclure que depuis cette date, le droit alsacien et mosellan ne présentait plus de spécificité par rapport au droit français applicable.

³⁷⁰ *Ibidem*, n° 54 à 57.

³⁷¹ *Ibidem*, n° 55, et voir Cass. 23 avril 1929, *Rev. Jur. Alsace-Lorraine*, 1929, page 291, et C.A. COLMAR, 4 février 1925, *Rev. Jur. Alsace-Lorraine*, 1925, page 599, Conclusions BERGET, note WILHELM.

spécificité en Alsace-Moselle ne peut être déduite quant aux territoires sur lesquels vont s'appliquer les monopoles bancaires et financiers. Il convient désormais de vérifier ce qu'il en est relativement à l'Outre Mer.

B) L'Outre-mer

142. Distinction. La question de l'application de la loi française Outre-mer reçoit des solutions variées selon la catégorie de pays intéressée. En effet, tout dépend des liens qui ont uni, ou unissent encore, dans certains cas, la France avec de nombreux pays qui ont fait, jadis, partie de l'empire colonial. Il y a lieu, immédiatement, de préciser que les lois que nous abordons étant relativement récentes, la question des Etats jadis administrés par la France ne sera pas abordée. En effet, le dernier à avoir accédé à l'indépendance se trouve être l'archipel des Nouvelles-Hébrides, aujourd'hui Vanuatu, en date du 30 juillet 1980. Tous les autres Etats concernés y ont accédé à des dates antérieures³⁷². Les monopoles professionnels dont nous réalisons l'étude ne peuvent donc y recevoir application³⁷³. En revanche, certaines zones conservent avec la France des liens particuliers. Elles continuent à faire partie de la République française, et peuvent être rangées sous le vocable commun de France d'Outre-mer. L'application de la loi métropolitaine est très large dans ces pays, qui comprennent les départements d'Outre-mer d'une part, et les Territoires d'Outre mer, ainsi que deux collectivités territoriales ayant chacune un statut particulier et qui sont l'île de Mayotte, et l'archipel de Saint-Pierre et Miquelon d'autre part. Dans certaines autres zones, l'application de la loi française est plus problématique. Il s'agit de quelques îles ou îlots sous souveraineté française mais qui ne font partie d'aucune collectivité territoriale³⁷⁴. Il est précisé que le nouveau code de commerce prévoit en son livre neuvième son application outre mer. Les Départements d'outre mer n'y sont pas abordés, au contraire des territoires d'outre mer. Nous les étudierons donc séparément.

1) Les Départements Outre-mer

143. Application de la loi française : problématique. Ces départements font partie du territoire français depuis le début du XVII^{ème} siècle, mais ont été érigés en départements d'Outre-mer par la loi du 19 mars 1946. Les territoires concernés sont la Guadeloupe, la Martinique, la Guyane, la Réunion. Saint-Pierre et Miquelon a un statut particulier : cet

³⁷² Sur ces développements, voir LUCHAIRE (Y.), *Jurisl. Civil*, App. Art. 3, Fasc. 4, Application de la loi outre-mer, Etats indépendants, jadis administrés par la France, spécialement n° 11 à 22.

³⁷³ Sous réserve de l'adoption par les Etats en question d'un système comparable à celui applicable en France, bien entendu, ou encore d'un Traité bilatéral.

³⁷⁴ Ces zones recouvrent les îles éparses dans l'océan indien (à savoir Bassas da India, Europa, les Glorieuses, Juan de Nova, et Tromelin), ainsi que de l'îlot de Clipperton au large du Mexique. Voir sur cette question LUCHAIRE (F.), *Jurisl. Civil*, App. Art. 3, Fasc. 1, Application de la loi outre-mer, principes généraux, n° 1. Pour une assimilation au régime juridique des Territoires d'Outre mer par raisonnement *a contrario*, voir MICLO (F.), *Jurisl. Civil*, App. Art. 3, Fasc. 3, Application de la loi outre-mer, Territoires outre-mer, n° 4.

archipel a d'abord été territoire d'outre-mer, puis département d'outre-mer avec la loi du 19 juillet 1976, et enfin collectivité territoriale par l'intervention de la loi du 11 juin 1985. Nous verrons donc ce dernier archipel ultérieurement, eu égard à son statut actuel. En principe, dans les départements d'Outre-mer, l'assimilation législative est la règle. C'est-à-dire que les Départements Outre-mer (D.O.M.) ne présentent que par exception des spécificités législatives³⁷⁵. En effet, depuis l'article 73 de la Constitution de 1946, l'applicabilité des textes d'origine métropolitaine est présumée, sous réserves, poursuit cet article, « d'exceptions déterminées par la loi »³⁷⁶. Il arrive que la loi écarte expressément son application aux D.O.M., ou encore que malgré le régime de présomption d'applicabilité, les actes législatifs ou réglementaires spécifient formellement leur application outre-mer. Il arrive par ailleurs que des réserves implicites empêchent l'application du principe exposé précédemment. Il n'en est strictement rien en l'espèce, car le rapport au Président de la République, sur l'ordonnance n° 2000-912, relative à la partie législative du Code de commerce, l'affirme expressément. Il est, en effet, porté dans ce document que « les Départements d'outre mer, dans lesquels les textes métropolitains en matière commerciale sont applicables sans aucune restriction, ne font l'objet d'aucune disposition spécifique dans le Code de commerce ». Il y a donc, par principe, application des lois métropolitaines dans les Départements d'Outre Mer, en l'absence de réserve expresse, sur la question des monopoles bancaires et financiers. En effet, le titre relatif à l'Outre mer n'envisage rien de particulier concernant les D.O.M. Qui plus est, le Code monétaire et financier procède quasiment de la même manière, si ce n'est qu'il contient une disposition expresse.

144. Les monopoles professionnels dans les D.O.M. – monopoles des établissements de crédit. A propos des établissements de crédit, le code monétaire et financier ne fait aucune allusion quant à l'application dans les départements d'outre mer des dispositions de son article L.511-5. Il n'existe donc aucune dérogation à leur sujet, sur l'espace couvert par l'ensemble des D.O.M. Nous pourrions même affirmer que puisque le code de commerce a fixé le principe (tout au moins dans le rapport fait au Président de la République), il n'était pas nécessaire que le Code monétaire et financier le précise à nouveau. L'activité bancaire et financière étant en principe une activité commerciale sauf absence d'intention spéculative³⁷⁷, tout comme celle de prestataire de services d'investissement, l'application des dispositions métropolitaine dans les Départements d'Outre Mer peut être érigée en principe à l'égard de ces activités sauf réserves expresses prévue, par exemple, par le Code monétaire et financier. Or, ce dernier ne prévoit pas de telles réserves, bien au contraire. En effet, la seule disposition concernant les activités des établissements de crédit dans les D.O.M. est l'article L.511-22 du Code monétaire et financier. Ce texte précise les conditions dans lesquelles un établissement de crédit ayant son siège dans un Etat membre autre que la France peut ouvrir des

³⁷⁵ Voir LUCHAIRE (F.), *op. et loc. cit.*.

³⁷⁶ Voir sur ce point MICLO (F.), *Jurisl. Civil*, App. Art. 3, Fasc. 2, Application de la loi outre-mer, Départements d'outre-mer, n° 73 et suivants pour le principe, et n° 87 et suivants pour les réserves à l'application effective.

³⁷⁷ Pour la reconnaissance de ce caractère commercial des activités de banque, voir l'article L.110-1 du Code de commerce.

succursales « sur le territoire de la France et des Départements d'Outre Mer... ». Il y a donc bien, à l'égard des établissements de crédit situés dans les D.O.M., application des dispositions métropolitaines, en ce comprises les dispositions instituant les monopoles professionnels.

145. Les monopoles professionnels dans les D.O.M. – monopoles des prestataires de services d'investissement. Concernant ces derniers, l'article L.532-23 du code monétaire et financier dispose à leur endroit que « Tout prestataire de services d'investissement ayant son siège social sur le territoire de la France métropolitaine et des départements d'outre mer et autorisé à fournir des services d'investissement en application de l'article L. 532-1 qui veut établir une succursale dans un autre Etat membre notifie son projet au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et au Conseil des marchés financiers [...] » . Cela signifie donc que non seulement le texte français n'exclut pas de son champ d'application les départements d'outre mer, mais il affirme au contraire que les prestataires de services d'investissement qui y sont situés sont soumis aux mêmes règles que ceux situés en métropole, s'agissant de l'ouverture d'une succursale dans un autre Etat membre de l'union européenne. En définitive, il résulte de l'ensemble de ces textes que les monopoles professionnels objets de la présente étude s'appliquent sans réserve et de manière impérative sur le territoire français, lequel comprend le territoire métropolitain dans son entier, et les départements d'outre mer. Il convient maintenant de s'intéresser à la situation des territoires d'outre mer et des collectivités territoriales outre mer à statut particulier.

2) Territoires Outre-mer et les collectivités territoriales

146. Problématique : spécialité juridique en principe. L'idée n'est pas d'appliquer purement et simplement le droit français en entier sur ces territoires, avec des réserves. Le système est rigoureusement contraire. En effet, ce principe se fonde sur les nécessités d'opérer un tri entre les normes métropolitaines, afin d'écarter celles dont l'application outre mer paraît inopportune d'une part, et de prévoir une adaptation de celles dont l'extension est retenue d'autre part. Etant entendu que cette adaptation peut déboucher sur une législation totalement originale³⁷⁸ . Il en résulte ce que M. MICLO appelle un « territoire de droit » dissemblable. On aura donc bien compris l'intérêt d'étudier l'originalité du droit des T.O.M.. Celle-ci se manifeste par le fait que les règles législatives et réglementaires y sont pourvues d'un contenu spécifique par rapport à celles de la métropole. Ensuite, il existe des dissemblances entre les T.O.M. eux-mêmes. Certaines dispositions n'ont pas été étendues à tous les territoires, d'autres ont été adaptées localement. C'est exactement ce qui résulte de la promulgation du nouveau code de commerce et du code monétaire et financier. Par ailleurs, ce principe de spécialité souffre de certaines exceptions, au rang desquelles il convient de citer les textes relatifs aux pouvoirs publics nationaux³⁷⁹ , mais aussi et surtout certaines situations de conflits de lois³⁸⁰ ainsi que des dérogations d'origine législative³⁸¹ . C'est pour cela qu'il convient

³⁷⁸ Voir MICLO (F.), *Jurisl. Civil*, App. Art. 3, Fasc. 3, Application de la loi outre-mer, Territoires outre-mer, n° 13.

³⁷⁹ *Ibidem*, n° 127 à 133.

d'analyser avec précision les dispositions du Code de commerce, et plus spécialement celles du Code monétaire et financier relatives à l'outre mer.

147. Influence de la promulgation de nouveaux codes – le code de commerce et l'outre mer. Le nouveau code de commerce a, comme nous l'avons souligné antérieurement, regroupé sous un même titre les dispositions relatives à l'Outre-mer. Le code monétaire et financier a procédé de manière identique, et c'est ce dernier code qui nous intéressera le plus. Mais le code de commerce étant le pionnier, c'est-à-dire le premier, chronologiquement, à employer cette méthode de regroupement, il a fixé un certain nombre de jalons et de définitions que nous devons aborder ici. Le rapport au Président de la République, fait à propos de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000³⁸², relative à la partie législative du Code de commerce, recense les collectivités d'Outre-mer concernées par ledit code. Il s'agit des collectivités de Saint-Pierre et Miquelon et de Mayotte, les territoires d'outre-mer de Polynésie Française, et des îles Wallis et Futuna, ainsi que de la Nouvelle Calédonie. Le territoire des Terres australes et antarctiques françaises a été laissé en dehors du champ du livre relatif à l'outre mer. Il y a lieu de préciser, avec le rapport précité, que l'ancien code de commerce avait été étendu à l'outre mer³⁸³, mais les textes postérieurs qui l'ont modifié n'ont été étendus que très irrégulièrement. Ceci a justifié le recours à la recomposition et à la compilation des dispositions relatives à l'Outre mer. Ces regroupements permettent-ils une meilleure approche du territoire sur lequel s'applique les textes ? Nous opérerons, sur cette question, une analyse critique, mais il convient auparavant de préciser les apports issus du code monétaire et financier.

148. Influence de la promulgation de nouveaux codes – le code monétaire et financier et l'outre mer. Le code monétaire et financier a procédé de manière identique à ce que nous venons d'évoquer concernant le code de commerce. Le rapport au Président de la République indique que le « livre VII : « Régime de l'outre-mer » reprend les dispositions des six premiers livres sous des titres correspondant aux statuts actuels des collectivités et pays d'outre-mer : Saint-Pierre-et-Miquelon, Mayotte, la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française et Wallis-et-Futuna ». Nous pouvons remarquer que la zone couverte est identique à celle visée par le Code de commerce. Ce rapport précise également que « les titres III, IV, V et VI concernent respectivement Mayotte, la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française ainsi que le territoire des îles

³⁸⁰ *Ibidem*, n° 136 et 137. C'est le cas de l'application de la loi métropolitaine résultant d'un contrat.

³⁸¹ *Ibidem*, n° 141 à 144. L'auteur remarque que ces dérogations d'origine législative n'entraînent, en principe, application de plein droit de la loi métropolitaine que dans les domaines couverts par la loi du 9 juillet 1970, à savoir les questions de statut civil de droit commun en matière d'état et de capacité des personnes. D'où la résurgence de l'importance de notre démarche de qualification des monopoles professionnels sur ce plan.

³⁸² Ce rapport peut être consulté dans le Code de commerce Dalloz, 2003, pp. 1099 à 1108, et le texte de l'ordonnance figure dans le même code, pp. 1108 à 1111.

³⁸³ L'extension s'est faite en Nouvelle-Calédonie par le Décret du 28 novembre 1866, et en Polynésie française par l'arrêté du 27 mars 1874.

Wallis-et-Futuna, collectivités régies par le principe de la spécialité législative » : les titres correspondants intègrent donc exclusivement les dispositions comportant une mention expresse d'applicabilité les concernant. La présente ordonnance, utilisant pleinement la faculté d'harmonisation et d'extension du droit prévu par la loi d'habilitation, poursuit l'effort important d'extension et d'harmonisation qui avait été entrepris par l'ordonnance no 98-775 du 2 septembre 1998 et par sa loi de ratification no 99-1122 du 28 décembre 1999 ; elle met à jour les règles relatives aux mouvements de capitaux (notamment à la lutte contre le blanchiment) et aux services. Il est exact que sur ce plan, le code monétaire et financier procède par une sorte de sélection drastique des textes qui s'appliquent aux Territoires d'outre mer et aux collectivités territoriales concernées et énumérées plus haut. Il y a lieu de vérifier, par conséquent, si les dispositions qui intéressent les monopoles bancaires puis financiers sont expressément déclarées applicables. Pour les dispositions qui ne seraient pas visées dans ce livre VII, il y a lieu de considérer, en vertu du principe de spécialité législative, qu'elles n'ont aucune vocation à s'appliquer sur les territoires d'outre mer et les collectivités territoriales sus énoncées³⁸⁴.

149. Monopoles bancaires – dispositions spécifiques aux territoires d'outre-mer. Rien n'est précisé au titre des dispositions communes s'appliquant à tous les territoires d'outre mer, ce qui impose, par conséquent, de vérifier les rédactions employées pour chaque territoire ou collectivité outre mer. Rappelons que les articles concernés sont respectivement l'article L. 511-5 pour le monopole relatif aux opérations et la réception, de la part du public, de fonds à vue ou à moins de deux ans de terme ; et l'article L.511-8 pour le monopole des dénominations. L'application de ces textes aux territoires d'outre-mer et aux collectivités territoriales outre mer est visée par un certain nombre d'articles du livre VII du code monétaire et financier, livre relatif à l'outre mer. L'article 725-1 dispose que « Les articles L. 511-12, L. 511-21 à L. 511-28 et L. 613-33 ne sont pas applicables dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon ». Concernant Mayotte, l'article 735-1 précise que « Le chapitre Ier du titre Ier du livre V est applicable à Mayotte, à l'exception des articles L. 511-12, L. 511-21 à L. 511-28 et L. 511-34. Les articles L. 571-1 à L. 571-9 y sont également applicables ». De plus, la situation en Nouvelle-Calédonie est régie par l'article L.745-1, qui dispose que « Le chapitre Ier du titre Ier du livre V est applicable en Nouvelle-Calédonie, à l'exception des articles L. 511-12, L. 511-21 à L. 511-28 et L. 511-34. Les articles L. 571-1 à L. 571-9 y sont également applicables ». En Polynésie française, l'article L.755-1 précise que « Le chapitre Ier du titre Ier du livre V est applicable en Polynésie française, à l'exception des articles L. 511-12, L. 511-21 à L. 511-28 et L. 511-34. Les articles L. 571-1 à L. 571-9 sont également applicables en Polynésie française ». Le cas de Wallis et Futuna est précisé par l'article L.765-1 : « Le chapitre Ier du titre Ier du livre V est applicable dans le territoire des îles Wallis-et-Futuna, à l'exception des articles L. 511-12, L. 511-21 à L. 511-28 et L. 511-34. Les articles L. 571-1 à L. 571-9 y sont également applicables ».

150. Monopoles financiers – dispositions propres aux territoires d'outre-mer. Les dispositions contenues aux articles L.531-10 et L.531-11 du code monétaire et financier, qui instituent les monopoles des prestataires de services d'investissement, sont

³⁸⁴ Voir en ce sens MICLO (F.), *Jurisl. Civil*, App. Art. 3, Fasc. 3, Application de la loi outre-mer, Territoires outre-mer, précité, n° 100 à 164, spécialement n° 103 à 113.

concernés par le livre VII étudié ici. Concernant Saint-Pierre et Miquelon, l'article 725-2 dispose que « L'article L. 531-3 et les articles L. 532-16 à L. 532-27 ne sont pas applicables dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon. A l'article L. 532-5, les mots « et bénéficient des dispositions des articles L. 422-1 et L. 532-23 à L. 532-26 » ne sont pas applicables dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon ». Concernant Mayotte, l'article L.735-9 précise que « Le chapitre Ier du titre 3 du livre V est applicable à Mayotte à l'exception de l'article L. 531-3 et sous réserve des adaptations suivantes : - à l'article L. 531-2, les mots « mais sans pouvoir prétendre au bénéfice des dispositions des articles L. 422-1, L. 532-16 à L. 532-27 et des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 612-2 » sont supprimés et les mots « chapitres Ier à III du titre IV du livre III » sont remplacés par les mots « chapitres Ier et III du titre IV du livre III ». ». La situation en Nouvelle-Calédonie fait l'objet de l'article L.745-9, qui ajoute que « Le chapitre Ier du titre III du livre V est applicable en Nouvelle-Calédonie à l'exception de l'article L. 531-3 et sous réserve des adaptations suivantes : - à l'article L. 531-2 les mots : « mais sans pouvoir prétendre au bénéfice des dispositions des articles L. 422-1, L. 532-16 à L. 532-27 et des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 612-2 » sont supprimés et les mots « chapitres Ier à III du titre IV du livre III » sont remplacés par les mots « chapitres Ier et III du titre IV du livre III ». En Polynésie française, l'article L.755-9 précise que « Le chapitre Ier du titre III du livre V est applicable en Polynésie française à l'exception de l'article L. 531-3 et sous réserve des adaptations suivantes : - à l'article L. 531-2 les mots : « mais sans pouvoir prétendre au bénéfice des dispositions des articles L. 422-1, L. 532-16 à L. 532-27 et des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 612-2 » sont supprimés et les mots : « chapitres Ier à 3 du titre IV du livre III » sont remplacés par les mots : « chapitres Ier et 3 du titre IV du livre III ». Le cas de Wallis et Futuna est visé à l'article L.765-9 : « Le chapitre Ier du titre 3 du livre V est applicable dans le territoire des îles Wallis-et-Futuna à l'exception de l'article L. 531-3. A l'article L. 531-2 les mots « mais sans pouvoir prétendre au bénéfice des dispositions des articles L. 422-2, L. 532-16 à L. 532-27 et des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 612-2 » sont supprimés et les mots « chapitres Ier à III du titre IV du livre III » sont remplacés par les mots « chapitres Ier et III du titre IV du livre III ».

151. Coexistence de deux régimes. Il y a lieu, à la lumière de ces textes dont le rappel peut paraître fastidieux de prime abord, d'opérer une distinction concernant leur application dans les territoires et collectivités territoriales outre-mer. D'abord, pour les territoires et les collectivités de Mayotte, de Nouvelle-Calédonie, de Polynésie française, et de Wallis et Futuna, l'application des articles L.511-5, L.511-8, L.531-10 et L.531-11 du Code monétaire et financier se fait de par les textes du livre VII eux-mêmes, puisque d'une part, ils sont tous déclarés expressément applicables, et d'autre part ils ne figurent pas dans les dispositions dont l'application est écartée. Ensuite, une incertitude pourrait demeurer quant à Saint-Pierre et Miquelon. En effet, il n'est pas fait mention, dans les articles 725-1 et 725-2, de l'application de principe de ces dispositions. Seules les dispositions dont l'application est expressément exclue sont envisagées. Le silence des articles L.725-1 et 725-2 conduit-il, en vertu du principe de spécialité législative, à considérer les dispositions relatives aux monopoles bancaires et financiers comme applicables a contrario à Saint-Pierre et Miquelon ? A l'inverse, faut-il considérer cette lacune comme une volonté de ne pas appliquer les articles L.511-5, L.511-8, L.531-10 et

L.531-11 du code monétaire et financier, sur le territoire de Saint-Pierre et Miquelon ? L'ambiguïté apparaît alors par confrontation de tous ces articles au principe de spécialité législative lui-même.

152. Justification de la coexistence de régimes. En effet, d'après la formulation qu'en ont faite l'ancienne jurisprudence et le droit positif, ce principe suppose que l'extension de l'application d'un texte métropolitain aux territoires d'outre-mer se fasse de façon expresse³⁸⁵. D'ailleurs, concernant Saint-Pierre et Miquelon, la loi de départementalisation du 19 juillet 1976 a précisé, dans son article 8, que « les lois nouvelles ne seront applicables... que sur mention expresse »³⁸⁶. N'y a-t-il pas là une ambiguïté, dans la mesure où les dispositions du code monétaire et financier se contentent, à propos de Saint-Pierre et Miquelon, de considérer certaines dispositions dudit code comme inapplicables, sans se prononcer sur l'application de principe des autres dispositions contenues dans ce code ? Doit-on alors considérer, malgré tout, les articles L.725-1 et 725-2 du code monétaire et financier comme des mentions expresses relatives à l'application dudit code à Saint-Pierre et Miquelon ? A dire vrai, le raisonnement a contrario nous semble devoir s'imposer. En effet, un argument décisif mérite d'être rapporté, et il suffit à lui seul à balayer l'incertitude relevée plus haut. Il explique en lui-même la différence fondamentale de rédaction existant entre la collectivité de Saint-Pierre et Miquelon et les autres territoires et collectivités territoriales outre-mer. Saint-Pierre et Miquelon est régi non pas par le principe de spécialité législative, mais par celui d'assimilation législative, comme pour les D.O.M.. La loi n°86-595 du 11 juin 1985³⁸⁷, en son article 22 dispose en effet que : « la loi est applicable de plein droit ». De plus, le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 relative à la partie Législative du code monétaire et financier est éloquent. En effet, il précise que « Le titre II concerne Saint-Pierre-et-Miquelon, régi par le principe de l'assimilation législative ; il cite donc seulement les dispositions spécifiques à cette collectivité territoriale. Elles concernent le statut particulier de Saint-Pierre-et-Miquelon au regard de la Communauté européenne, ainsi que son autonomie douanière et fiscale ». Cela veut dire que son régime est aligné sur celui des départements d'outre-mer, alors que les autres collectivités territoriales et territoires outre-mer sont régis par le principe de spécialité³⁸⁸, lequel impose, pour permettre à un texte métropolitain de s'appliquer sur les territoires ou collectivités considérées, une mention expresse. Cette exigence est

³⁸⁵ Voir en ce sens MICLO (F.), *Jurisl. Civil*, App. Art. 3, Fasc. 3, *loc. cit.*, qui dresse un état de la jurisprudence et du droit positif relatif à l'émergence et à l'affirmation du principe de spécialité législative.

³⁸⁶ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*

³⁸⁷ Cette loi a conféré à Saint-Pierre et Miquelon la qualité de collectivité territoriale à statut particulier. Initialement, ce territoire était un T.O.M., qui est devenu un D.O.M. en 1977. Voir sur ce point VARII AUCTORES, Le nouveau code de commerce – les incertitudes de la codification à droit constant, *D. & P.*, 2001 n° 95, pp. 49 à 103, et spécialement la contribution du Professeur Jacques LARRIEU, page 96.

³⁸⁸ *Ibidem*, *Op. cit.*, même contribution, *passim*. Ce principe de spécialité résulte, pour la Nouvelle-Calédonie, de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999.

respectée dans tous les cas concernant Mayotte, Wallis et Futuna, la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie.

153. Conclusion sur l'outre-mer. La variété des statuts pourrait conduire à une sorte de maillage du territoire français, dès lors que ce territoire englobe la France d'outre mer. De surcroît, les variantes permises d'une part par le principe de spécialité législative dans les territoires d'outre-mer lui-même, et d'autre part la coexistence de principes opposés, tels l'assimilation législative et la spécialité législative, peuvent favoriser un morcellement du territoire sur lequel doivent s'appliquer les dispositions métropolitaines relatives aux monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement. Il reste néanmoins que la mise en œuvre de ces principes antinomiques ne conduit pas, sur les questions qui nous préoccupent, à établir de situation réellement particulière aux territoires d'outre-mer. Les monopoles bancaires et financiers, compte tenu de ce qui précède, ont parfaitement vocation à s'appliquer sur l'ensemble de ces territoires et autres collectivités territoriales.

154. Conclusion sur le territoire national. De ce qui précède, il résulte que les monopoles professionnels objets de la présente étude s'appliquent sur le territoire français en son entier, puisque aucune dérogation particulière n'interfère sur une quelconque partie du territoire métropolitain. De plus, il convient d'entendre ce territoire de façon très large pour deux raisons. D'abord parce que les Départements d'Outre mer en font partie, ce qui rend les textes métropolitains applicables de plein droit, par principe. Ensuite parce que les Territoires d'Outre mer et les collectivités territoriales à statut particulier, bien que dotés d'une législation aménagée à certains égards, appliquent ces monopoles sans réserve. Il n'y a donc pas a priori de zone de ce territoire ainsi entendu qui ferait l'objet de dispositions particulières ou plus souples. Mais est-ce à dire que les dispositions applicables sur l'ensemble de ce territoire lato sensu sont uniformes ? Il y a lieu, pour répondre à cette interrogation, de s'intéresser à l'application spatiale des dispositions communautaires. Ceci donne lieu, d'une certaine manière, à l'émergence d'un véritable ensemble de territoire communautaire. Nous verrons que certaines des zones incluses dans le territoire d'application des monopoles bancaires et financiers issus des dispositions françaises, et précédemment évoquées, n'en font pas partie.

§ - 2 Les territoires communautaires

155. Intérêt de leur délimitation. Nous nous sommes placés, en début de ce titre, dans la perspective d'un établissement de crédit qui voudrait prêter, par exemple, sur le sol français. Cet exercice de l'activité sur notre territoire lui ouvre certaines zones, d'abord nationales, mais également communautaires. Nous rappellerons en effet que tant la directive bancaire que la directive sur les services d'investissements ont mis en place trois principes, à savoir le système de la reconnaissance mutuelle des agréments, le home country control et le passeport européen³⁸⁹. Il s'agit donc de déterminer quelles sont ces zones.

156. Caractère fluctuant des territoires communautaires. Ce caractère transparaît à deux égards. D'abord, le territoire communautaire dépend du regroupement d'Etats dont on traite. Nous établirons que son contenu va varier selon que l'on se place sur le plan des Communautés européennes telles qu'issues du Traité de Rome et des Traités

ultérieurs, ou que l'on se situe sur le plan de l'espace économique européen. Qui plus est, tout dépend de la nature de la Communauté européenne étudiée. Le territoire n'est en effet pas identique selon que l'on aborde la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, ou les Communautés européennes issues des Traités de Rome et de Maastricht. La première ne sera pas abordée dans la mesure où son champ d'application *ratione materiae* n'intéresse en rien les activités bancaires et financières. Ensuite, et contrairement aux Etats eux-mêmes, dont les contours ne font plus l'objet de grosses évolutions (annexions, accès à l'indépendance), l'Union européenne est actuellement en pleine construction. Dès lors, il conviendra de remarquer que le territoire de l'Union est susceptible évoluer. Nous distinguerons donc l'état actuel de ce territoire, pour envisager ensuite les hypothèses de sa modification.

A) Etat actuel.

157. La stratification du territoire communautaire opérée par les Traités – délimitation de l'étude. Les règles définissant le champ d'application territorial diffèrent selon le Traité considéré. De plus, le Traité sur l'Union européenne se singularise en ce sens qu'aucune disposition qui lui soit propre ne vient déterminer son application territoriale, et qu'il convient de procéder par renvoi aux précédents Traités³⁹⁰, ainsi que nous l'avons déjà évoqué³⁹¹, à savoir les Traités C.E.C.A., C.E.E.A., et C.E.E.. La nature des problèmes soulevés commandera le traité auquel il faudra se référer. Dès lors, les monopoles professionnels n'intéressant en aucune manière les Traités C.E.C.A. (charbon et acier) et C.E.E.A. (énergie atomique), mais seulement le Traité C.E.E., nous ne délimiterons le champ d'application territoriale que de ce dernier Traité, ainsi que l'impact du droit dérivé sur ce champ d'application.

158. Distinction. Il conviendra, pour appréhender le champ d'application territoriale des monopoles français des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement sur le plan communautaire, de préciser celui du Traité C.E.E. et de ses prolongements en droit dérivé, pour nous intéresser ensuite aux zones exclues. Nous devons partir du Traité C.E., et non des directives car nous avons établi que les directives procédaient toutes par renvoi à ce traité (auquel nous ajouterons les dispositions contenues dans les Traités d'adhésion) concernant leur application dans l'espace. Nous délimiterons donc une zone théoriquement comprise dans ce champ d'application, à travers le Traité, pour nous intéresser ensuite à l'exclusion de certains territoires, soit en vertu du droit originaire lui-même, soit par l'application spécifique des dispositions de droit

³⁸⁹ Ces trois principes mettent en œuvre ce que l'on appelle le marché unique pour les banques et les prestataires de services d'investissement. Ce marché postule le respect de trois libertés, à savoir la libre circulation des capitaux, la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Voir BONNEAU (Th.), *Dict. Joly Communautaire*, V° Banque, spécialement n° 2 sur la définition du marché unique. Voir également parmi une très nombreuse documentation, les articles suivants : PERROT (A.), Agrément unique et contrôle des établissements de crédit dans l'espace communautaire, *R.D.B.B.*, 1995, pp. 164 à 170, spécialement n° 2 ; VUILLEMIN (K.), L'agrément unique communautaire des entreprises d'investissement, *R.M.C.U.E.*, 1994, pp. 307 à 314.

³⁹⁰ Voir RIGAUX (A.), *Op. cit.*, n° 8.

³⁹¹ Voir nos développements *supra* n° 75.

dérivé.

1) Détermination de la zone comprise

159. Territoire métropolitain des Etats membres. L'article 227 du Traité de Rome, devenu l'article 299 après le Traité d'Amsterdam, est une disposition complexe. Il expose que : « 1. Le présent traité s'applique au Royaume de Belgique, au Royaume de Danemark, à la République fédérale d'Allemagne, à la République hellénique, au Royaume d'Espagne, à la République française, à l'Irlande, à la République italienne, au Grand-Duché de Luxembourg, au Royaume des Pays-Bas, à la République d'Autriche, à la République portugaise, à la République de Finlande, au Royaume de Suède et au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. [...] 4. Les dispositions du présent traité s'appliquent aux territoires européens dont un État membre assume les relations extérieures. 5. Les dispositions du présent traité s'appliquent aux îles Åland conformément aux dispositions figurant au protocole n° 2 de l'acte relatif aux conditions d'adhésion de la République d'Autriche, de la République de Finlande et du Royaume de Suède. [...] ». Le Traité s'applique donc aux Etats membres, sans faire référence de manière explicite à un critère d'ordre géographique, en préférant un critère institutionnel³⁹². Reste que son architecture peut être résumée comme suit. D'abord, le traité C.E.E. s'applique sur tout le territoire des Etats membres, qu'il soit européen ou non. Ensuite, la détermination du territoire de ces Etats membres se fait par renvoi au droit interne de ces Etats³⁹³. A cet égard, M. le Professeur Jacques ZILLER qualifie de « renvoi en première ligne au droit interne » le procédé employé par l'article 299-1 précité. Pour ce faire, il se fonde sur l'analyse d'un arrêt de la C.J.C.E. dont l'étude est capitale tant pour le territoire métropolitain que pour les Départements d'Outre mer, lesquels font partie de ce que l'on appelle les régions ultrapériphériques.

160. Zone incluse expressément – les régions ultrapériphériques. L'arrêt dont il s'agit est l'arrêt rendu par la C.J.C.E. en date du 10 octobre 1978, l'arrêt « Hansen »³⁹⁴. Saisie d'une question préjudicielle formée par le Finanzgericht de Hambourg, à propos de droits à payer à l'importation de certains alcools, dont du Rhum originaire de Guadeloupe, la Cour a estimé applicable aux D.O.M. l'article 299-1 précité. Elle a motivé sa décision de la manière suivante : « attendu qu'il résulte de l'article 227 (aujourd'hui 299) paragraphe 1 que le statut des départements d'outre mer dans la communauté est défini, en première ligne, par référence à la constitution française, aux termes de laquelle, ainsi qu'il a été exposé par le gouvernement français, les départements d'outre mer font partie intégrante de la République [...] ». Cela signifie, comme le relève M. le Professeur ZILLER³⁹⁵, que

³⁹² Voir ZILLER (J.), *Op. cit.*, n° 41; voir encore RIGAUX (A.), *Op. cit.*, n° 27.

³⁹³ Voir en ce sens RIGAUX (A.), *Op. cit.*, n° 72, où l'auteur indique très clairement que le territoire communautaire est défini par référence au territoire des Etats membres. Elle précise par ailleurs que ce territoire comprend une part terrestre, une part aérienne et une part maritime. Voir surtout ZILLER (J.), *Op. cit.*, n° 42.

³⁹⁴ Voir C.J.C.E. 10 octobre 1978, Hansen, Aff. 148/77, Recueil p. 1787.

³⁹⁵ Voir ZILLER (J.), *Op. cit.*, n° 42.

pour déterminer si le Traité CE est applicable à une zone donnée, il faut déterminer si elle fait partie ou non partie intégrante du territoire d'un Etat membre³⁹⁶. Il reste que cette analyse a été entendue, et reprise depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam. En effet, la nouvelle version de l'article 299-2 du Traité de Rome modifié dispose à l'égard des Départements d'Outre mer et autres régions ultrapériphériques que : « Les dispositions du présent traité sont applicables aux départements français d'outre-mer, aux Açores, à Madère et aux îles Canaries ». La suite de ce texte prévoit toutefois une application assouplie dudit Traité, sous certaines conditions, pour tenir compte d'un certain nombre de facteurs, tels que l'éloignement, la faible superficie, le climat difficile, etc. C'est ce que l'on appelle le régime dit des « régions ultrapériphériques »³⁹⁷. Il couvre les départements français d'outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique et la Réunion), les îles portugaises des Açores et de Madère, et les îles espagnoles des Canaries et de Ceuta et Melilla³⁹⁸. Reste que même assoupli, le Traité CE s'applique par principe expressément indiqué dans le Traité.

161. Zone comprise à titre particulier – le régime d'association des Pays et Territoires d'Outre mer. Leur cas est envisagé par deux articles du Traité C.E.. Il s'agit d'abord de l'article 182 (ex-article 131), qui dispose que : « Les Etats membres conviennent d'associer à la Communauté les pays et territoires non européens entretenant avec le Danemark, la France, les Pays-Bas et le Royaume Uni des relations particulières. Ces pays et territoires, ci-après dénommés « pays et territoires », sont énumérés à la liste qui fait l'objet de l'annexe II du présent traité ». Il s'agit ensuite de l'article 299-3 du Traité de Rome, qui dispose que : « Les pays et territoires d'outre-mer dont la liste figure à l'annexe II du présent traité font l'objet du régime spécial d'association défini dans la quatrième partie de ce traité ». Ce texte suscite de notre part quatre précisions. En premier lieu, le présent Traité renvoie au Traité CE, et non au Traité de Maastricht. En second lieu, comme pour les autres citations de cet article 299 dudit Traité, la version que nous utilisons est celle issue de la signature du Traité d'Amsterdam, en date du 2 octobre 1997. En troisième lieu, la liste limitative prévue par l'annexe II dont il s'agit contient les Pays et Territoires d'Outre Mer (P.T.O.M.) auxquels s'applique le régime particulier d'association³⁹⁹. Ces P.T.O.M. dépendent de quatre pays, à savoir la France, la Grande Bretagne, les Pays-Bas et le Danemark. Ils recouvrent le Groenland, la Nouvelle-Calédonie et ses dépendances, la Polynésie française, les Terres australes et antarctiques françaises, les îles Wallis et Futuna, Mayotte, Saint-Pierre et Miquelon,

³⁹⁶ Ce n'est qu'ensuite qu'il faut vérifier s'il existe des dispositions particulières concernant les territoires en question. Voir sur ce point ZILLER (J.), *Op. cit.*, n° 42, *in fine*.

³⁹⁷ Voir OMARJEE (I.), *Rep. Dalloz Communautaire*, V^{is} Régions ultrapériphériques, n° 4 et suivants pour les régions ultrapériphériques françaises, et 17 et suivants pour les régions ultrapériphériques espagnoles et portugaises.

³⁹⁸ *Ibidem*, n° 1 et n° 17.

³⁹⁹ Voir en ce sens le commentaire de l'article 227 du Traité de Rome par COUSSIRAT-COUSTÈRE (V.), *in* CONSTANTINESCO (V.), JACQUÉ (J.P.), KOVAR (R.), SIMON (D.) (sous la direction de), *Traité instituant la C.E.E. – commentaire article par article*, Economica, Paris, 1992, pp. 1415 à 1430.

Aruba, les Antilles néerlandaises (Bonaire, Curaçao, Saba, Saint-Eustache, Saint-Martin), la Géorgie du Sud et les îles Sandwich du Sud, Montserrat, Pitcairn, Sainte-Hélène et ses dépendances, le territoire de l'Antarctique britannique, les territoires britanniques de l'océan indien, les îles Turk et Caicos, les îles Vierges britanniques, et les Bermudes⁴⁰⁰. En quatrième lieu, le régime spécial institué par la quatrième partie du Traité impose l'application des règles relatives à la liberté d'établissement dans les échanges entre les Etats membres et les pays et territoires, ainsi que le prévoit l'article 183 du Traité⁴⁰¹. Nous verrons cependant que cette zone est comprise sous certaines réserves.

162. Zone comprise à titre particulier – les îles Åland. Depuis le 1^{er} janvier 1995, et jusqu'à la réécriture de ce texte par le Traité d'Amsterdam en 1997, on trouvait dans l'article 227, une disposition conduisant à ne pas appliquer le Traité C.E. sur le territoire des îles Åland, sauf déclaration contraire du gouvernement de Finlande. Le Conseil a indiqué⁴⁰², en avril 1995, que les îles Åland relevaient du champ d'application territoriale du Traité C.E. car la Finlande avait effectué une déclaration en ce sens⁴⁰³. Aujourd'hui, le Traité C.E. modifié par le Traité d'Amsterdam a pris acte de cette déclaration par une disposition expresse, que nous avons rapportée précédemment. Le Traité s'y applique donc, mais de façon adaptée, il n'y a donc pas de limitation du champ d'application territoriale du Traité sur ce point. Néanmoins, pour être complet, il conviendra de vérifier ultérieurement la teneur des dispositions de droit dérivé applicables sur ces îles, quant aux monopoles bancaires et financiers tels qu'il résultent de la mise en œuvre des directives bancaires et financières. Il s'agira de vérifier si ces territoires peuvent être englobés dans la sphère d'application territoriale des monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement, dans leur acception communautaire.

163. Conclusion sur les zones comprises dans le champ d'application du traité C.E.. A priori, nous pourrions conclure que puisque les zones décrites plus haut font partie du champ d'application du Traité de Rome, elles devraient par conséquent constituer le champ d'application territoriale des monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement tels qu'issus des dispositions communautaires. Ce constat serait un peu hâtif, car nous avons également précisé que certaines de ces

⁴⁰⁰ Voir <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/treaties/selected/livre261.html>.

⁴⁰¹ Sur ce régime, voir DORMOY (D.), *Jurisl. Europe*, Fasc. 473, Association des pays et territoires d'outre-mer (PTOM) à la communauté européenne, et spécialement les n° 101 à 109 sur la liberté d'établissement et la prestation de services.

⁴⁰² Voir J.O.C.E., n° L.75, 4 avril 1995, p. 18 ; et voir *Europe*, juin 1995, comm. 209 ; voir également RIGAUX (A.), *Op. cit.*, n° 26, et n° 19 pour l'exposé de l'origine du statut particulier de ces îles. En l'occurrence, il s'agit d'une soixantaine d'îles dont la population est de langue suédoise, situées au nord de la Baltique dans le Golfe de Botnie, et dotées d'un statut d'autonomie consécutif à une décision du Conseil de la Société des Nations de 1921. Une souveraineté est reconnue à la Finlande sur ces îles, en vertu de cette décision, ainsi qu'un engagement tendant à préserver leur particularisme. Aujourd'hui, ces engagements internationaux ont été fondus dans une nouvelle loi d'autonomie entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1993.

⁴⁰³ Cette déclaration a été formulée lors du Traité d'adhésion, dans le protocole n° 2 qui y est annexé, voir J.O.C.E., n° C. 241, 29 août 1994, spécialement page 352.

zones étaient susceptibles de faire l'objet de dérogations. Il y a donc lieu, pour aller jusqu'au terme du raisonnement, d'aborder les zones exclues du champ d'application ratione loci des monopoles étudiés.

2) Zone exclue du champ d'application communautaire des monopoles professionnels.

164. Les quatre fondements de l'exclusion. Pour délimiter l'espace dans lequel les dispositions communautaires concernant les monopoles professionnels étudiés n'ont pas à s'appliquer, il convient de relever quatre éléments déterminants. Nous distinguerons selon que la zone est exclue en vertu du Traité C.E. lui-même d'une part, et des accords de Porto instituant l'E.E.E. d'autre part. Mais cette exclusion peut encore être le résultat de l'application assouplie, dans des zones géographiquement et précisément délimitées, de certaines directives intéressant les monopoles bancaires et financiers. Et ce, même si le Traité C.E. pouvait s'appliquer dans ces dernières zones. Enfin, il y aura lieu de vérifier si, comme cela a pu être avancé, cette exclusion pourrait résulter d'une situation de fait.

a Zone exclue par le Traité C.E.

165. Cas général : exclusion implicite du territoire des Etats non membres. Ce constat, qui procède quasiment de l'évidence, résulte de l'interprétation a contrario de l'article 299-1 du Traité. En effet, ce texte, nous l'avons vu, donne une liste limitative des Etats membres tenus de respecter le Traité C.E.. Cela signifie que les Etats membres de l'ALENA ou du MERCOSUL, non membres de l'Union européenne, ne sont pas tenus par les dispositions communautaires. Dès lors, le conflit que nous pressentions entre dispositions issues d'espaces économiques intégrés ne peut voir le jour, sous réserve des éventuelles hypothèses d'application extraterritoriale des dispositions communautaires que nous évoquerons en titre second.

166. Cas particuliers : les dérogations prévues par l'article 299-6°. Selon ce texte, des dérogations sont possibles, si elles sont prévues par le Traité, dans le but soit de soustraire une partie du territoire d'un Etat membre à l'application du Traité, soit de soumettre à son application un territoire entretenant avec celui-ci des relations particulières, soit encore de permettre l'application d'un régime particulier d'association à un territoire faisant partie d'un Etat membre ou entretenant avec celui-ci des relations particulières⁴⁰⁴. En effet, ce texte dispose que : « 6. Par dérogation aux paragraphes précédents : a) le présent traité ne s'applique pas aux îles Féroé ; b) le présent traité ne s'applique pas aux zones de souveraineté du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à Chypre ; c) les dispositions du présent traité ne sont applicables aux îles Anglo-Normandes et à l'île de Man que dans la mesure nécessaire pour assurer l'application du régime prévu pour ces îles par le traité relatif à l'adhésion de nouveaux Etats membres à la Communauté économique européenne et à la Communauté européenne de l'énergie atomique, signé le 22 janvier 1972 ». Par ailleurs, l'article 299-3 ajoute que : « Le présent traité ne s'applique pas aux pays et territoires d'outre-mer entretenant des relations particulières avec le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et

⁴⁰⁴ Voir en ce sens ZILLER (J.), *Op. cit.*, n° 41.

d'Irlande du Nord qui ne sont pas mentionnés dans la liste précitée »⁴⁰⁵. Ce texte semble clair en ce qui concerne les îles Féroé et les zones de souveraineté britannique à Chypre. En revanche, il est nécessaire de se reporter au protocole n° 3, annexé à l'acte d'adhésion signé le 22 janvier 1972 pour comprendre quel est le statut de l'île de Man et des îles Anglo-normandes⁴⁰⁶. Il comporte une restriction quant à l'application de la liberté de circulation des personnes et des services. En effet, aux termes de l'article 2 du protocole précité, « les droits dont bénéficient les ressortissants de ces territoires au Royaume Uni ne sont pas affectés par l'acte d'adhésion. Toutefois, ceux-ci ne bénéficient pas des dispositions communautaires relatives à la libre circulation des personnes et des services ». Cette disposition constitue l'état du droit positif en l'absence de toute modification apportée par le Traité d'Amsterdam. En revanche le silence est gardé quant à la liberté d'établissement. Il n'y a pourtant pas lieu d'exclure l'île de Man et les îles Anglo-normandes des territoires pouvant bénéficier de la liberté d'établissement. En effet, l'article 183-5 (ex article 132-5) du Traité dispose que « Dans les relations entre les Etats membres et les pays et territoires, le droit d'établissement des ressortissants et sociétés est réglé conformément aux dispositions et par application des procédures prévues au chapitre relatif au droit d'établissement et sur une base non discriminatoire, sous réserve des dispositions particulières prises en vertu de l'article 187 ». Le statut de l'île de Man et des îles Anglo-normandes est donc hybride : si l'on se place du point de vue de la liberté d'établissement, le Traité est applicable. Tel ne sera pas le cas lorsque l'on s'intéressera à la liberté de prestation de services.

b La zone exclue par les accords de Porto

167. Cas général – exclusion implicite du territoire des Etats non parties à l'accord instituant l'A.E.L.E.. De la même façon que concernant le Traité C.E., il y a lieu d'observer que les Etats qui ne sont pas partie à l'association européenne de libre échange ne peuvent, s'ils ne sont pas déjà membres de l'Union européenne, être contraints à appliquer le Traité⁴⁰⁷. Rien n'empêcherait, en théorie, un Etat de l'appliquer volontairement, soit de facto, soit de jure, au travers d'une déclaration expresse ou d'un traité bilatéral, comme l'a fait la Principauté de Monaco⁴⁰⁸ à l'égard de la loi française ou des directives.

168. Cas de la Suisse – exclusion volontaire d'un membre de l'A.E.L.E. L'accord sur l'Espace Economique Européen ne s'applique pas à la Suisse. En effet, la Suisse l'avait signé, mais n'a pu le ratifier à la suite du référendum négatif intervenu en décembre 1992. Ceci a rendu nécessaire l'adoption, à Bruxelles, le 17 mars 1993, d'un protocole

⁴⁰⁵ Cette liste précitée est celle des P.T.O.M. prévue à l'annexe II du Traité C.E. Les zones britanniques de souveraineté non reprises dans l'annexe II recouvrent notamment Hongkong et Macao.

⁴⁰⁶ Voir Recueil des Traités, tome II, page 69 ; et voir J.O.C.E., n° L. 73, 27 mars 1972, page 164.

⁴⁰⁷ Pour l'impact de cette délimitation sur l'application extraterritoriale des dispositions communautaires au sein de l'A.E.L.E., voir nos développements *infra* n° 359 et 360.

⁴⁰⁸ Voir sur ce point nos développements *infra* n° 398 à 416, *passim*, sur l'extraterritorialité des monopoles bancaires et financiers.

portant adaptation de l'accord sur l'Espace Economique Européen⁴⁰⁹.

c Exclusion réversible résultant de l'application particulière des directives.

169. T.O.M. et collectivités territoriales à statut particulier. Il y a quelques années, MM. PELTIER et FERNANDEZ-BOLLO⁴¹⁰ écrivaient, au titre de ces zones exclues : « il convient de relever que les directives européennes ne s'appliquent pas aux T.O.M., et les collectivités territoriales de Mayotte et Saint-Pierre et Miquelon ». Et ce, même si le Traité C.E. est applicable dans les P.T.O.M.⁴¹¹, ainsi que nous l'avons montré. Mais il ne suffit pas que le Traité C.E. envisage l'hypothèse de son application sur ces zones pour que les directives bancaires et financières s'y appliquent également. Il faut se référer à la décision d'association du 27 novembre 2001 pour bien comprendre quelles dispositions du droit communautaire s'appliquent dans les P.T.O.M. en vertu du régime d'association prévu par la quatrième partie du Traité. Cette décision a introduit une certaine évolution par rapport aux opinions émises par les auteurs précités. En effet, la décision précitée opère une véritable prise de conscience que rien n'avait été fait auparavant dans les P.T.O.M. en matière de services bancaires et financiers, tout au moins concernant les dispositions d'ordre communautaire, puisqu'il est constaté qu'il faut appuyer, dans ce domaine, la création d'institutions bancaires et financières⁴¹². En effet, les décisions d'association de 1986 et 1991 ne traitaient pas de la liberté de prestation de services. Ce que vient combler la dernière décision d'association. Mais l'on peut affirmer que tant que le cadre institutionnel n'est pas définitivement créé dans ces P.T.O.M., et aligné sur celui existant dans d'autres Etats membres, les directives bancaires et financières qui mettent en place la reconnaissance mutuelle des agréments, le home country control et le passeport européen n'ont pas à s'y appliquer.

170. Portée. Par conséquent, coexistent sur le territoire français entendu largement. En effet, celui-ci comprend la métropole, les D.O.M., les T.O.M., les collectivités territoriales à statut particulier, deux formes de réglementations. La première forme est celle directement issue des directives communautaires et de leur corollaire sur le plan national, à savoir les lois de transposition. Ce type de texte a vocation à s'appliquer dans la portion du territoire national qui fait également partie de l'Europe, à savoir territoire métropolitain et D.O.M.. La seconde forme est épurée et dérogatoire, et vise les T.O.M. et

⁴⁰⁹ Voir les considérants et l'article 2 de ce protocole.

⁴¹⁰ Voir sur ce point PELTIER (F.) et FERNANDEZ-BOLLO (E.), *Jurisl. Banque et crédit*, Op. cit., Fasc. 50, n° 81.

⁴¹¹ Il s'agit d'une appellation générique.

⁴¹² A cet égard, la décision d'association outre mer relève en son Article 11, intitulé « Secteurs productifs », que : « La coopération appuie les politiques et stratégies sectorielles qui facilitent l'accès aux activités et ressources productives, notamment dans les domaines suivants : [...] k) services bancaires et financiers et services aux entreprises: politique du secteur financier et création d'institutions, services aux entreprises; privatisation, prises de participation et commercialisation; aide aux associations commerciales et professionnelles (comprenant les agences de promotion des exportations) ; institutions financières et bancaires; etc. ». Voir 2001/822/CE : Décision du Conseil du 27 novembre 2001, relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté européenne ("décision d'association outre-mer"), J.O.C.E., n° L 314 du 30/11/2001 p. 0001 – 0077.

les collectivités territoriales à statut particulier. Dans ces pays et territoires outre mer, la loi française s'applique, sauf pour ce qui concerne la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services. Par conséquent, une banque étrangère à l'Union européenne qui voudrait s'installer sur ces territoires pour s'implanter sur le marché européen ne saurait bénéficier du passeport européen et de la reconnaissance mutuelle pour ce faire.

d Exclusion de facto – Les Bermudes

171. Une « bizarrerie » juridique. Les Bermudes font toujours partie de l'annexe II précitée, et n'ont pas accédé à l'indépendance. Il en résulte que le Traité devrait y recevoir application. Cependant, elles ne font plus partie de la liste annexée à la décision de mise en œuvre, ou d'association, de 1986, ni à celle de 1991. D'ailleurs, la dernière décision d'association, en date du 27 novembre 2001, fait mention de la non application aux Bermudes⁴¹³ du régime d'association. La situation de fait est claire : le régime de l'association ne s'y applique plus en pratique. A partir de ce constat, il a été soutenu que le droit communautaire – en son entier, nous soulignons – ne s'appliquait plus. Mme RIGAUX⁴¹⁴ préfère utiliser les principes contenus dans l'article 299 du Traité pour affirmer que puisque ce territoire ne fait pas partie intégrante de l'un des Etats membres, et puisqu'il ne fait pas non plus partie des territoires européens dont un Etat membre assume les relations extérieures, il convient de dénier toute application du droit communautaire aux Bermudes. Nous serions plus nuancé, tout au moins sur le raisonnement, même si nous acquiesçons au constat de cet auteur. Il y a d'abord lieu de rappeler la formulation de l'article 299-3 du Traité, aux termes de laquelle « les pays et territoires d'outre-mer dont la liste figure à l'annexe II du présent traité font l'objet du régime spécial d'association... ». L'usage du présent de l'indicatif entraîne systématiquement, dans un texte, une obligation à laquelle il faut se conformer, et non une simple faculté. Dès lors que dans les faits, ledit régime d'association ne s'applique pas, il peut être conclu à la non application du droit communautaire aux Bermudes. Mais c'est davantage par une lecture combinée de l'article 299-3 précité et de l'annexe elle-même, qui affirme mentionner les « pays et territoires d'outre-mer auxquels s'appliquent les dispositions de la quatrième partie du traité ». Ceci semble exclure les autres dispositions dudit Traité. De surcroît, cela veut dire que l'article 183 qui prévoit la mise en place de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services ne trouve pas non plus à s'appliquer. Mais, et nous ne sommes pas isolé sur ce point⁴¹⁵, cette non application ne perdurera que tant qu'aucune adjonction à la décision d'association n'aura été réalisée⁴¹⁶. Qui plus est l'annexe II, telle qu'issue du Traité d'Amsterdam continue de mentionner les Bermudes, ce qui laisse une sorte de « porte ouverte » à la possibilité de voir appliquer les directives bancaires et financières sur ce territoire. L'on peut y voir une perspective de modification du territoire, certes très conditionnée. Il nous faut maintenant aborder d'autres hypothèses de modifications du territoire communautaire.

⁴¹³ *Ibidem*, spécialement point n° 22.

⁴¹⁴ Voir RIGAUX (A.), *Op. cit.*, n° 42.

⁴¹⁵ Voir ZILLER (J.), *Op. cit.*, n° 58.

B) Perspectives de modifications du territoire communautaire.

172. Les deux possibilités. Nous avons observé que l'Union européenne est encore en construction. Partant, son territoire est susceptible de s'agrandir, par la voie d'élargissements. Depuis sa création, elle a déjà connu ce phénomène. Plus rare est l'autre possibilité, celle d'un rétrécissement de son territoire, qui pourrait survenir en cas, hypothétique, de retrait d'un Etat membre.

1) Perspectives d'élargissement

173. Une perspective d'actualité. Depuis sa création, l'Europe s'est construite en plusieurs phases. Depuis le sommet européen d'Helsinki de décembre 1999, 13 pays sont candidats à l'adhésion. Il s'agit des dix pays d'Europe centrale et orientale (en abrégé les P.E.C.O, c'est-à-dire l'Estonie, la Pologne, la République tchèque, la Hongrie, la Slovaquie, la Lettonie, la Lituanie, la Slovaquie, la Roumanie et la Bulgarie), de Chypre, de Malte et de la Turquie⁴¹⁷. Le processus d'adhésion est complexe, et nécessite le respect de plusieurs étapes. Actuellement, tous ces Etats sont liés à l'Union par des accords d'association, en vue de les préparer – économiquement – à l'adhésion, autrement dénommés les accords européens. Ceux-ci constituent le cadre juridique de l'association entre les pays candidats et l'Union européenne. Ils traitent des relations politiques et économiques entre les partenaires et ont comme objectif de créer un cadre approprié pour l'intégration progressive des pays candidats dans la Communauté. Les accords européens ont été conclus avec la Bulgarie, la République tchèque, la Hongrie, la Pologne, la Roumanie, la Slovaquie, la Slovaquie, l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie. Ces accords, visant à établir une zone de libre-échange à l'horizon 2002, prévoient la libéralisation des échanges de produits industriels et la coopération économique dans un grand nombre de domaines. Ils permettent de discuter des progrès de la préparation à l'adhésion, au niveau ministériel, au sein des conseils d'association. Les accords d'association couvrant la plupart des domaines liés à l'acquis communautaire, ils sont utilisés pour aider les pays candidats à établir leur programme national de reprise de l'acquis et à intégrer les règles juridiques communautaires avant leur adhésion. Les accords d'association avec Chypre, Malte et la Turquie couvrent les mêmes domaines que ceux des pays de l'Europe centrale et orientale (à l'exception du dialogue politique) et ont pour but l'établissement d'une union douanière. La Turquie a déjà signé en 1995 un

⁴¹⁶ Il est peu probable que cela survienne pour l'instant, car le gouvernement des Bermudes ne souhaite pas voir appliquer le régime d'association sur son territoire. Voir en ce sens la décision 2001/822/CE précitée, point n° 22, où il est clairement indiqué que : « Le régime d'association défini dans la présente décision ne devrait pas s'appliquer aux Bermudes, conformément au souhait du gouvernement des Bermudes ». On notera toutefois l'emploi du conditionnel...

⁴¹⁷ Pour un aperçu des difficultés qu'implique cet élargissement et des moyens employés pour y parvenir, voir <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l60020.htm> ; et voir <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/e40001.htm>. Cette volonté d'élargissement n'est pas nouvelle. Voir NOEL (É.), *Après Maastricht : Une relance de l'Europe*, Conférence inaugurale, C.C.A.E.L., 1995, Vol. IV-1, pp. 1 à 14. Voir SAURON (J.L.), *L'élargissement aux pays de l'Europe centrale et orientale*, *Juriscl. Europe*, Fasc. 180.

accord d'union douanière avec l'Union européenne.

174. Conséquences. Pour qu'ils fassent partie du territoire communautaire, et donc du champ d'application territoriale des monopoles professionnels analysés, il faudra attendre l'adhésion de ces pays, laquelle interviendra à plus ou moins long terme selon le degré de développement économique et d'alignement institutionnel desdits pays. Ce n'est qu'à la date de leur adhésion que le champ d'application des textes communautaires s'élargira, et par la même, ce n'est qu'à cette date que pourra intervenir la mise en place dans ces pays de l'agrément unique, qui permettra aux établissements de crédit et prestataires de services d'investissement slovènes, turcs, chypriotes, maltais ou lettons par exemple d'avoir accès au marché français notamment, avec leur autorisation, délivrée par leur Etat d'origine. Cela suppose, dans certains pays, de profonds bouleversements institutionnels. Nous verrons ultérieurement les difficultés que cela pose, puisque pour l'instant, nous nous concentrons sur la mesure des champs d'application territoriale des monopoles bancaires et financiers.

2) Rétrécissement du territoire.

175. Les hypothèses. L'histoire de la construction européenne montre que deux types de rétrécissements sont intervenus. Le premier type, à savoir l'accès à l'indépendance, ne sera évoqué que pour mémoire, compte tenu de la place résiduelle qu'il occupe aujourd'hui. En effet, il ne pourrait se concevoir que si l'un quelconque des Etats membres devait se scinder. De tels événements se sont déjà produits, par le passé, à la faveur de la décolonisation. De sorte que l'accès à l'indépendance a été un grand facteur de variation de l'espace communautaire, mais s'est peut-être épuisé aujourd'hui⁴¹⁸. Le second type, à savoir le retrait d'un Etat membre, présente davantage d'intérêt, ne serait-ce que parce qu'il conduit à une confrontation entre deux courants doctrinaux. Toute la question est de savoir si un Etat a le droit de se retirer unilatéralement de l'Union, et, partant, entraîner par son départ un rétrécissement du territoire communautaire sur lequel pourront s'appliquer les monopoles professionnels étudiés.

176. Le rôle de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cette convention fait des Traités de véritables « pièges à volonté ». Nous empruntons cette formule à la plume du Professeur Alain PELLET⁴¹⁹. Selon cet auteur, en effet, le Traité cristallise la volonté d'un Etat de façon largement définitive. Bien qu'il ne fasse pas l'unanimité sur ce point⁴²⁰, il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter aux articles 54 à 64 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des Traités. Les possibilités offertes à un Etat contractant pour se retirer d'un Traité sont très encadrées. Ledit Etat doit pour ce faire respecter les dispositions du Traité, ou bien à tout moment, avec le consentement de toutes les parties (article 54). Si le Traité n'a rien prévu quant à sa dénonciation ou quant au retrait d'un Etat, la possibilité de retrait n'est alors plus envisageable, sauf cas

⁴¹⁸ Voir, sur l'influence de la décolonisation comme facteur de variation de l'espace communautaire RIGAUX (A.), *Op. cit.*, n° 68 à 70.

⁴¹⁹ Voir PELLET (A.), *Les fondements internationaux du droit communautaire*, C.C.A.E.L., 1997, Vol. V-2, pp. 193 à 271, spécialement pp. 210 et 211.

exceptionnels. L'article 56 de la Convention dispose en effet que « 1. Un traité qui ne contient pas de dispositions relatives à son extinction et ne prévoit pas qu'on puisse le dénoncer ou s'en retirer ne peut faire l'objet d'une dénonciation ou d'un retrait, à moins : a) qu'il ne soit établi qu'il entrerait dans l'intention des Parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait ; ou b) que le droit de dénonciation ou de retrait ne puisse être déduit de la nature du traité ». Le rappel de ces articles montre bien qu'un Etat qui s'est engagé par traité ne peut se désengager facilement, à l'inverse de ce qu'a pu affirmer M. Pierre PESCATORE⁴²¹, sauf à agir contra legem. En toute hypothèse l'Etat qui désire se retirer doit, en principe, respecter un délai de préavis de douze mois. Il convient alors de se demander ce qu'a prévu le Traité de Rome en la matière.

177. Silence du Traité de Rome. M. le Professeur Joe VERHOEVEN remarque que « Le droit de retrait n'est expressément prévu ni par les traités de Rome et de Paris créant les communautés européennes, ni par le traité de Maastricht instituant l'union européenne. Il n'y a là rien d'étonnant. Nombreuses sont en effet les organisations internationales dans lesquelles un droit de retrait unilatéral n'est pas expressément prévu [...] ». Il reste que l'article 56 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des Traités pose un principe d'impossibilité de se retirer d'un traité, mais il se trouve aussitôt assorti d'exceptions. Dans le silence du Traité, il semble que contrairement à ce qu'affirme cet auteur⁴²², il faille considérer qu'un Etat membre ne peut jamais se retirer de la Communauté, sauf si les autres Etats membres y consentent⁴²³. Par ailleurs, et à défaut d'obtenir le consentement de tous les Etats membres, il faudrait que l'Etat démontre, au travers de l'étude des travaux préparatoires du Traité, qu'il était dans l'intention des parties de prévoir ce retrait. La dernière hypothèse serait que l'Etat qui désire se retirer

⁴²⁰ Voir dans le même sens GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.), L'ordre juridique des communautés européennes et le droit international, *R.C.A.D.I.*, 1975, V, Vol. 148, pp. 1 à 433, spécialement pp. 44 à 46. Des auteurs comme C. KABOURIS ou P. PESCATORE sont loin de partager cette vision des choses. Voir en ce sens PESCATORE (P.), L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses Etats membres, in *Etudes de droit des communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri TEITGEN*, éd. A. Pédone, Paris, 1984, pp. 355 à 406. Ce dernier préfère parler d'effet intracommunautaire des accords internationaux. Mais ces communautaristes refusent de voir les fondements internationaux du droit communautaires. Ils s'affranchissent donc inévitablement de la convention de Vienne précitée. Voir les références citées à l'article de M. le Professeur Alain PELLET précité, notes 46 et 47 page 210. Un auteur très représentatif de la doctrine communautariste, c'est-à-dire strictement opposée à l'analyse de M. le Professeur PELLET, a pu de la sorte conclure à ce que rien n'empêchait un Etat de pouvoir sortir du Traité de Rome, même s'il reconnaît que le phénomène d'intégration rend plus difficile tout retrait d'un Etat au fur et à mesure qu'elle s'intensifie. Voir en ce sens VERHOEVEN (J.), *Droit de la communauté européenne*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Larcier, Bruxelles, 2001, page 97.

⁴²¹ Voir PELLET (A.), *op. et loc. cit.*, les références précitées.

⁴²² Voir VERHOEVEN (J.), *op. et loc. cit.*

⁴²³ Et l'on sait que le principal travers de l'unanimité est de n'être que rarement acquise. Cependant, c'est l'hypothèse la plus plausible, car elle procède de la possibilité de révision des traités. En effet, lors du retrait du Groenland, le gouvernement danois fut chargé de mener les négociations pour ce faire, à la suite d'un referendum. Un traité a été signé à Bruxelles, le 13 mars 1984, prenant effet au 1^{er} janvier 1985. Voir RIGAUX (A.), *Op. cit.*, n° 67.

établit que la possibilité de retrait se déduit de la nature du Traité de Rome. Cette dernière hypothèse nous paraît peu plausible, dans la mesure où les Traités instituant l'Union européenne obéissent à une logique d'intégration des Etats, laquelle se déroule en plusieurs étapes visant à rapprocher la situation économique des Etats « impétrants ». C'est cette lecture de la Convention de Vienne qui nous permet d'affirmer que l'hypothèse du retrait d'un Etat membre serait marginale. Mais elle n'est pas impossible, si tous les Etats y consentent et sont informés dans les délais requis, ou bien s'il est établi que le silence du Traité n'emporte pas impossibilité de se retirer ⁴²⁴. Le consentement de tous les Etats membres a été obtenu dans le cas – unique dans la construction européenne – du retrait partiel du Groenland ⁴²⁵. L'abandon des textes communautaires sur ce territoire n'est pas total, le Groenland ayant opté par la suite pour un système d'association. Celui-ci concerne le domaine du régime et des produits de la pêche, et nous avons vu ce qu'il convenait de déduire du régime d'association en l'état.

178. Conclusion sur le territoire européen. Nous avons envisagé le territoire européen comme une zone dans laquelle une banque ou un prestataire de services d'investissement, dès lors qu'il ou elle souhaitera exercer en France, pourra le faire grâce au bénéfice de la reconnaissance mutuelle des agréments, de l'agrément unique – ou passeport européen – et du home country control. Et cette zone d'action nous paraît présenter, à ce stade du raisonnement, trois caractéristiques. Elle est d'abord très large, puisqu'elle englobe certains territoires non européens des Etats membres (D.O.M.). Elle est en même temps délimitée par les Traités originaire de manière générale, et par l'application particulière du droit dérivé dans l'hypothèse du régime d'association. Enfin, elle est susceptible de s'élargir encore, tant du fait que de nouveaux Etats vont intégrer, à plus ou moins brève échéance, l'Union européenne, que du fait que les accords entre l'Union et les territoires et pays associés peuvent être amenés à intégrer, dans les années qui viennent, les questions relatives à la liberté de prestation de services, et à la liberté d'établissement. Il reste que ce territoire s'insère dans un espace plus vaste, qui se situe sur le plan mondial.

§ - 3 Territoire mondial

179. Le paradoxe des limites d'un territoire mondial. Il peut paraître curieux, au premier abord, d'affirmer qu'il existe un « territoire mondial », un « champ d'application mondial », que l'on voudrait circonscrire. La notion existe cependant, et ses limites tiennent au rôle joué par les Etats au sein de l'ordre juridique international. Cela débouchera donc sur une zone dans laquelle l'application des textes internationaux relatifs aux monopoles bancaires et financiers sera exclue. Il nous reviendra de délimiter cette zone, mais seulement après avoir rappelé quel est le rôle des Etats dans l'élaboration de normes internationales. Nous verrons que la France et l'Union

⁴²⁴ Nous n'envisageons ici que les possibilités de retrait respectant les dispositions de la Convention de Vienne. En effet, si un Etat venait à se prétendre retiré du Traité de son propre chef, cette décision n'aurait, à notre sens, aucun caractère obligatoire vis-à-vis des autres Etats membres. Il reste qu'elle les placerait sans doute devant le fait accompli.

⁴²⁵ Voir en ce sens RIGAUX (A.), *Op. cit.*, n° 64.

européenne ont signé ou ratifié les accords du G.A.T.S., ce qui les engage à en respecter les dispositions, et certaines d'entre elles pourraient intéresser les monopoles professionnels au premier chef. Il s'agira également de montrer dans quelle mesure tout le territoire des Etats membres que sont la France et l'Union européenne est concerné par ce Traité.

180. Intérêt de la délimitation. Nous n'aurons pas pour dessein de raisonner de la même manière que concernant les espaces français et communautaires. En effet, les précédents espaces constituent des zones d'activités dans lesquelles un banquier ou un prestataire de services d'investissement pourront exercer, dès lors qu'ils se seront établis en France. Le fait que la France et l'Union européenne aient signé ou ratifié les accords de Marrakech n'ouvre pas directement une nouvelle zone d'activités aux banquiers ou aux intermédiaires financiers. Mais il faut rappeler que ces accords procèdent d'une volonté de favoriser le libre échange à travers le territoire de tous les Etats ayant signé ou ratifié ces traités, dont l'Accord Général sur le Commerce des Services. Dès lors, les mesures nationales ou communautaires visant à contrôler l'implantation ou la prestation des opérateurs concernés par les activités bancaires et financières doivent s'inscrire dans les objectifs de libéralisation des échanges fixés par l'A.G.C.S. pour être pleinement efficaces. C'est pour cela que nous estimons utile de vérifier si les espaces précédemment définis (France et Espace Economique européen) sont tous concernés par l'A.G.C.S.. En effet, s'il s'avérait que la législation française ou les dispositions prises par l'Union européenne pour réglementer l'accès aux activités bancaires et financières soient en contradiction avec une disposition de cet accord, ne pourrait-il pas être envisagé qu'un établissement de crédit situé dans un Etat non membre de l'Espace Economique Européen (aux Etats-Unis par exemple) tente de s'en prévaloir pour intégrer « en force » le marché français ou communautaire ?

181. Plan. Nous aborderons successivement les moyens de la délimitation du champ d'application des accords du G.A.T.S. par la volonté des Etats, pour nous intéresser ensuite à la délimitation de la zone non concernée par ces accords. Un accent sera mis sur les espaces français et communautaires.

A) Délimitation par la volonté des Etats.

182. Affirmation du rôle des Etats. Les Etats ont trois moyens pour délimiter le champ d'application territoriale d'un Traité. Le premier moyen est de ne pas signer le Traité, et le second est de négocier, lors de son intégration, l'application à certaines portions seulement en fonction de leur nature physique (zones maritimes, espace aérien) ou géographique (zone frontalière, ports francs). Le troisième est de négocier la non application dudit Traité à certaines zones de son territoire. Cette dernière hypothèse s'appelle la clause coloniale, et doit être expresse, car elle n'est plus considérée comme implicitement admise par les parties à un Traité⁴²⁶. Il en résulte qu'à défaut de toute précision contraire, il existe une présomption d'applicabilité des normes conventionnelles

⁴²⁶ Voir DEHAUSSY (J.) et SALEM (M.), *Jurisl. Int.*, Fasc. 12-2, Sources du droit international, Les traités, Effets des traités : situation juridique des ressortissants des parties au regard des normes conventionnelles (généralités, application des traités en France), spécialement n° 151.

acceptées par la France sur l'ensemble du territoire de la République. Cette présomption, qui résulte de l'article 29 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, peut cependant être renversée⁴²⁷. Ce texte dispose en effet que « À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des Parties à l'égard de l'ensemble de son territoire ».

183. Le rôle de l'Union européenne. En vertu de l'article 300 du Traité C.E., l'Union s'est reconnue compétence, par interprétation de cet article, pour conclure avec les Etats tiers des traités, en quelque sorte au lieu et place des Etats membres. Cet article 300 dispose, en son paragraphe 7, que : « Les accords conclus selon les conditions fixées au présent article lient les institutions de la Communauté et les Etats membres ». Il a été relevé que ce principe posait des difficultés pratiques, dans la mesure où il faut déterminer si ces Traités ont un effet direct ou seulement indirect sur le territoire de chaque Etat membre, et dans la mesure où ce principe est assorti d'exceptions⁴²⁸.

B) Zone exclue

184. Exclusion par non ratification. Nous avons précisé que tel Etat pouvait d'abord s'exclure parce qu'il n'a pas signé ou ratifié les accords de Marrakech. Actuellement, on compte 144 Etats membres de l'O.M.C.. La France et l'Union européenne, cette dernière étant appelée « communauté européenne », sont membres depuis le 1^{er} janvier 1995⁴²⁹. Certains pays non membres, dont le Saint Siège, ont le statut d'observateurs. À l'exception du Saint-Siège, les pays ayant le statut d'observateur doivent engager les négociations en vue de leur accession dans les cinq ans qui suivent l'obtention de ce statut⁴³⁰. Au rang de ces Etats, l'on peut citer la Principauté d'Andorre, les Bahamas, la Bosnie.

185. Exclusion par négociation – territoire français. A défaut de toute précision ou de toute déclaration contraire, la convention de Vienne vient préciser que tout le territoire, tel que défini par le droit interne d'un Etat, est concerné par le Traité. Or, à ce jour, la France n'a pas pris de disposition visant à exclure une partie quelconque de son territoire du champ d'application de l'A.G.C.S. concernant les services financiers étudiés⁴³¹. Il y a donc lieu de considérer que le territoire tel que nous l'avons défini précédemment coïncide avec la zone d'application des accords du G.A.T.S..

186. Exclusion par négociation – territoire de « la communauté européenne ».

⁴²⁷ Voir à ce sujet DEHAUSSY (J.) et SALEM (M.), *Jurisl. Int.*, Fasc. 12-1, Sources du droit international, Les traités, Effets des traités : force obligatoires des normes conventionnelles à l'égard des parties, spécialement n° 84 à 93.

⁴²⁸ *Ibidem*, *Op. cit.*, n° 94 à 98.

⁴²⁹ Voir pour cette liste l'adresse http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/#members.

⁴³⁰ Voir pour cette liste l'adresse http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/#applicants.

⁴³¹ Voir la liste des engagements spécifiques pris par la France au titre de la Nouvelle Calédonie, seule région visée par de tels engagements, document coté GATS/SC/61.

Rappelons que cette terminologie est employée à dessein, car c'est celle utilisée par l'Organisation Mondiale du Commerce pour désigner l'Union européenne. L'Union étant membre à part entière de l'O.M.C., elle a également toute latitude pour prendre les engagements spécifiques qu'elle souhaite, sous réserve de respecter les conditions nécessaires à leur validité. A ce jour, certains engagements ont été pris par l'Union⁴³². Mais aucun d'entre eux, concernant les services financiers, ne vise à exclure l'application de l'A.G.C.S. sur une portion quelconque du territoire couvert par l'Union.

187. Conclusion sur les conséquences directes. Les développements précédents nous ont conduit à mettre en exergue la pluralité de champs d'application des monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement, du fait que plusieurs ordres juridiques étaient impliqués dans l'élaboration des dispositions visant à réglementer ces activités. Il reste à aborder les conséquences indirectes, c'est-à-dire celles qui résultent de la pluralité de champs que nous avons détaillée.

Section 2. Conséquences indirectes : phénomènes résultant de cette pluralité de champs

188. Dualité des conséquences. Affirmer l'existence de la pluriterritorialité nous a conduit à mettre en exergue plusieurs territoires d'application des normes régissant les monopoles professionnels objet de la présente étude. Nous avons tenté de circonscrire ces territoires. Mais il convient de franchir une étape supplémentaire dans notre raisonnement. Nous souhaiterions montrer les interactions possibles entre ces différents champs, interactions qui vont provoquer l'apparition de deux phénomènes. Ces interactions proviennent du fait que sur le territoire d'un Etat, par exemple, plusieurs textes ont vocation à régir la question de droit abordée ici. Les rapports entre ces textes sont intéressants à analyser, dans la mesure où un texte particulier peut en influencer un autre quant à son contenu. Ainsi, par exemple, une directive influence nécessairement le droit national. Mais ce n'est pas le seul cas. C'est ce que nous appellerons le phénomène d'acculturation. Parfois, un texte ou une norme pourra être contraire à telle autre, ou bien encore il sera possible que certaines zones ne soient pas – ou peu – réglementées. C'est ce que nous nommerons les phénomènes d'asynchronisme.

§ - 1 Phénomènes d'acculturation

189. Trois cas. L'objectif est de montrer comment l'un des ordres juridiques évoqués peut influencer sur les dispositions adoptées par un autre ordre juridique, relativement à la délimitation du champ d'application territoriale des monopoles étudiés. Nous analyserons successivement l'influence du droit bancaire communautaire, puis celle des accords du G.A.T.S., et enfin celle du droit français.

A) L'influence du droit communautaire

190. Une influence double. Le droit communautaire a un premier impact sur le droit national, notamment du fait des transpositions en droit interne⁴³³. Ces transpositions

⁴³² Voir la liste de ces engagements sur le document coté GATS/SC/31/Suppl.4/Rev.118 novembre 1999.

affectent le territoire sur lequel va pouvoir s'exercer l'activité bancaire ou financière lorsqu'un prestataire – établissement de crédit ou prestataire de services d'investissement – aura été agréé dans l'un des Etats membres. Mais la vivacité des institutions et de la doctrine communautaires conduit également à une influence notable des directives sur l'ordre juridique international. Cependant, même si cela pourrait présenter un intérêt ici, ce deuxième volet sera abordé ultérieurement, dans la mesure où son impact, concernant notre propos, touche plutôt l'extraterritorialité des dispositions communautaires.

191. Influence sur le droit national : une acculturation à marche forcée. Le droit de l'Union européenne contraint le droit interne à s'imprégner de ses concepts pour deux raisons. D'une part, les directives doivent être transposées en droit interne, sous peine de condamnation de l'Etat membre qui n'obtempérerait pas dans les délais requis ⁴³⁴. D'autre part, le principe de primauté ⁴³⁵ du droit communautaire sur le droit national impose que les dispositions, y compris de police, prises par un Etat membre ne constituent pas une entrave – restriction ou négation – à la réalisation des objectifs de liberté fixés tant par le droit originaire que par le droit dérivé.

1) La transposition des directives européennes du secteur bancaire et financier dans le droit français

192. Distinction. Nous envisagerons successivement l'impact de cette transposition sur les activités bancaires, puis sur les activités financières, étant entendu qu'il s'agit là d'une obligation à la charge des Etats membres découlant du Traité de Rome.

433

Voir SCHAEFFER (E.), Le droit communautaire face au droit national, *in Entretiens de Nanterre, 1978, Publications de la Faculté de droit de l'Université René Descartes (Paris V)*, éd. Gazette du Palais – Faculté de droit (Paris V), pp. 56 à 72. Voir, pour une démarche similaire, GAVALDA (Ch.), Le secret bancaire français, *D.P.C.I.*, 1990, t. 16, n° 1, pp. 57 à 72. Voir, pour l'exposé de ces deux rôles, ALONSO GARCIA (R.), Community and National Legal Orders : Autonomy, Integration and Interaction, *C.C.A.E.L.*, 1999, Vol. VII-1, pp. 59 à 183, spécialement pp. 107 à 150 ; VAN DER BEEK (A.), L'influence du droit communautaire sur le secteur bancaire, *R.I.D.E.*, 1992-1, pp. 3 à 55 ; RODRIGUEZ IGLESIAS (G.C.) et KEPPEL (J.P.), L'incidence du droit communautaire sur le droit national, *in Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 517 à 551.

⁴³⁴ Cela résulte des articles 249 et suivants du Traité de Rome, ainsi que de la jurisprudence constante, que nous aborderons lors de l'étude de l'extraterritorialité. Voir, par exemple, la condamnation du Luxembourg, qui n'avait pas transposé la D.S.I. dans les délais requis, C.J.C.E., 28 janvier 1999, *Commission des Communautés européennes c./ Grand Duché de Luxembourg*, Aff. C-417/97, Rec. 1999, page I-3247, Conclusions SAGGIO.

⁴³⁵ Voir SCHAEFFER (E.), *Op. cit.*, page 62.

a Impact sur la loi bancaire

193. La consécration des principes communautaires rend les textes français exprès sur une partie de leur champ d'application géographique. Un titre relatif à l'exercice de l'activité bancaire au sein de l'Espace Economique Européen a été inséré dans la loi bancaire à la faveur de la transposition de la directive de 1989. Aujourd'hui, ce titre fait partie intégrante du code monétaire et financier. Le droit français a donc du faire siennes les règles relatives au home country control, à la reconnaissance mutuelle des agréments et celle, corrélative, de l'extension de territoire sur lequel il existe un monopole des établissements de crédit. Ce sont les articles L. 511-21 à L.511-28 du code monétaire et financier. Concernant la question qui nous préoccupe, à savoir l'impact de la transposition sur le droit français relatif aux monopoles bancaires et financiers, ces articles semblent être la traduction fidèle de ce que désire l'Union à deux égards. D'une part, le droit français intègre l'élargissement du champ d'action des directives communautaires à l'Espace Economique Européen, tout en se référant systématiquement à la notion de territoire. D'autre part, le droit français accepte de ne pas appliquer les principes de liberté d'établissement et de libre prestation de services sur les territoires d'Outre mer. Ces deux éléments donnent à notre droit français un caractère exprès quant à son champ d'application territoriale, ce qui n'était pas le cas dans la version originelle⁴³⁶. Nous verrons plus loin que ce caractère exprès aboutit, en fait, à fonder l'application extraterritoriale de la loi bancaire.

194. Le droit interne reçoit l'élargissement du champ d'action des directives à l'E.E.E.. L'article 71-9 de la loi bancaire a transposé en droit français l'extension du dispositif du « passeport européen » aux états signataires des accords de Porto. Devenu l'article L.511-21 du code monétaire et financier, il dispose que « Dans la présente sous-section : [...] 5. Sont assimilés aux États membres de la communauté européenne autres que la France les États partie à l'accord sur l'Espace économique européen. ». Cela a une conséquence importante. Bien que n'ayant pas signé les accords de Porto, la Principauté de Monaco se trouve dotée d'un champ d'action élargi à l'Espace Economique européen, puisqu'elle déclare appliquer le droit interne bancaire, avec l'accord plus qu'appuyé de l'Union européenne. On peut estimer que le rôle rempli sur ce point par les dispositions communautaires est d'être une sorte de catalyseur.

195. Acculturation quant à l'interprétation du territoire. Nous avons établi que les P.T.O.M. pourraient éventuellement, dans l'avenir, être amenés à appliquer certaines dispositions de droit communautaire, spécialement relativement aux activités bancaires et financières. Cela résulte, pour l'instant, d'une décision de la Commission, dont nous avons déjà traité. En droit français, l'article 100-1 alinéa 2 de la loi bancaire prévoyait expressément que les dispositions européennes ne s'appliquaient pas aux Territoires d'Outre Mer et aux Collectivités Territoriales de Mayotte et Saint-Pierre et Miquelon. Mais

⁴³⁶ Il s'agit là d'un véritable phénomène de contagion. L'existence de ce type de phénomène n'avait pas échappé à la sagacité de certains auteurs. Voir en ce sens BERR (C.J.), L'influence de la construction européenne sur l'évolution contemporaine du droit privé français, in *Etudes de droit des communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri TEITGEN*, éd. A. Pédone, Paris, 1984, pp. 1 à 21, spécialement pp. 9 à 13.

cet alinéa a disparu à la faveur de l'élaboration du Code monétaire et financier. Il n'en résulte pourtant pas que les collectivités territoriales ultramarines et les Territoires d'Outre Mer font désormais partie du champ d'application territoriale des monopoles professionnels étudiés, au sens communautaire. En effet, les articles L.725-1, 735-1, L.745-1, L.755-1, L.765-1 du code monétaire et financier, concernant respectivement Saint-Pierre-et-Miquelon, Mayotte, la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française et Wallis et Futuna, excluent tous l'application sur ces territoires des dispositions relatives à la liberté d'établissement et à la prestation de services dans l'espace économique européen. Cela risque de perdurer tant que les institutions nécessaires ne sont pas mises en place dans ces zones, conformément à la volonté exprimée par la Commission.

b Impact sur la loi MAF.

196. Loi de transposition. La loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 est, en elle-même, une loi de transposition de la directive du Conseil n° 93/22 du 10 mai 1993 sur les Services d'investissements, dite D.S.I.. Cette directive est en effet visée au pied du texte lui-même, et les travaux préparatoires ont systématiquement rappelé ce contexte. Il est donc normal que cela ait conduit le législateur français à inclure dans la loi M.A.F. un titre IV relatif au « libre établissement et à la libre prestation de services sur le territoire des Etats membres de la Communauté européenne ». Ce titre a été intégré dans le Code monétaire et financier, sous divers articles ⁴³⁷.

197. Acculturation quant à l'interprétation du territoire. Peut-on raisonner de la même manière que celle envisagée en matière bancaire ? Peut-on affirmer que concernant les services d'investissements, il y a lieu de considérer que les directives ne s'appliquent pas dans les P.T.O.M. et les collectivités territoriales ultramarines ? La réponse tient dans le corps lui-même de la loi M.A.F. et des modifications ultérieurement apportées à ce texte, notamment par le jeu de la codification de ce texte au sein du Code monétaire et financier. En effet, les articles 725-2, L.735-9, L.745-9, L.755-9 et L.765-9 du code monétaire et financier, concernant respectivement Saint-Pierre et Miquelon, Mayotte, la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française et Wallis et Futuna précisent expressément que les dispositions des articles L.532-16 à L.532-27, dispositions dudit code relatives au libre établissement et à la libre prestation de services sur le territoire des Etats membres de l'Espace Economique Européen, ne s'appliquent pas sur ces territoires ultramarins.

198. Conséquence sur l'implantation en France d'un établissement de crédit ou d'un prestataire de services d'investissement . La seule différence entre le territoire métropolitain et les D.O.M. d'une part, et les T.O.M. d'autre part, c'est que lorsqu'un établissement de crédit ou un prestataire de services d'investissement d'un Etat membre de l'E.E.E. voudra s'implanter sur ces derniers, il devra solliciter l'agrément du Comité des Etablissements de Crédit et des prestataires de services d'investissement, alors que ce

⁴³⁷ Ainsi, l'article 73 de la loi M.A.F. a été codifié aux articles L.532-16, L.532-17, l'article 74 à l'article L.532-18, l'article 75 a été transféré aux articles L.532-23, L.532-24, L.532-25, L.532-26, l'article 76 de la loi est devenu l'article L.612-2 du code monétaire et financier, l'article 77 est transféré sous l'article L.532-27, l'article 78 est devenu l'article L.422-1 et l'article 79 a été transféré sous les articles L.532-19, L.532-20, L.622-13 et L.532-21 du Code monétaire et financier.

ne sera pas nécessaire s'il veut s'implanter en métropole ou en Guadeloupe, par exemple. L'on voit donc que le droit communautaire a opéré, sur l'ensemble du territoire français pris lato sensu, un véritable morcellement, une fragmentation, en sus de son rôle de catalyseur quant à l'application du droit français hors de nos frontières⁴³⁸. A un tout autre égard, nous allons voir que le droit communautaire exerce également un double rôle d'encadrement et de reconnaissance, concernant la catégorie des dispositions de police.

2) Primauté du droit communautaire sur les lois de police – l'arrêt Arblade

199. Présentation de l'espèce. Des salariés employés par une société française avaient été détachés en Belgique pour effectuer des travaux de construction. Une procédure pénale fut intentée par les autorités belges contre M. Jean-Claude ARBLADE, ès qualité de gérant de la SARL de droit français ARBLADE & FILS, et la SARL elle-même, en sa qualité de civilement responsable, pour non respect de certaines obligations sociales prévues par la législation belge et sanctionnées par des lois belges de police et de sûreté. Une série de questions préjudicielles a été posée à la Cour, afin de savoir si les articles 59 et 60 du traité doivent être interprétés en ce sens qu'ils interdisent à un Etat membre d'obliger une entreprise établie dans un autre Etat membre à respecter les obligations issues de la loi belge, alors que cette société était soumise à une législation comparable dans l'Etat dans lequel elle est établie. Une seconde question, plus générale, portait sur le point de savoir si les articles 59 et 60 du traité – devenus respectivement, après modification, les articles 49 et 50 du Traité C.E. – pouvaient rendre inopérant l'article 3 alinéa 1 relatif aux lois belges de police et de sûreté. La Cour a estimé que « l'appartenance de règles nationales à la catégorie des lois de police et de sûreté ne les soustrait pas au respect des dispositions du Traité, sous peine de méconnaître la primauté et l'application uniforme du droit communautaire. Les motifs à la base de telles législations nationales ne peuvent être pris en considération par le droit communautaire qu'au titre des exceptions aux libertés communautaires, expressément prévues par le traité et, le cas échéant, au titre des raisons impérieuses d'intérêt général⁴³⁹ ». Cet arrêt a par ailleurs ajouté une définition de ce qu'il faut entendre, selon la C.J.C.E., par loi de police : « il convient d'entendre cette expression comme visant des législations nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci⁴⁴⁰ ». Il est donc possible de déduire que l'arrêt a eu une double importance. La première a été de rappeler le principe de primauté du droit communautaire, y compris sur les dispositions nationales de police. La seconde a été de définir, sans usage du conditionnel – « il convient d'entendre... » – la notion

⁴³⁸ Ce rôle de catalyseur sera simplement constaté ici, puisque les dispositions françaises sont devenues expresses. Pour comprendre comment s'explique l'application des dispositions pertinentes issues du droit français hors des frontières françaises, voir nos développements *infra* n° 241 et suivants.

⁴³⁹ Voir arrêt Arblade précité, § 31.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, § 30.

communautaire de loi de police.

200. Principe de primauté du droit communautaire sur les lois de police. Cela semble procéder de l'évidence. L'arrêt prend soin d'affirmer ce principe, y compris lorsque l'on est en présence de lois de police. Comme le soutient M. Marc FALLON, « en décider autrement ruinerait l'effet utile des règles sur le marché intérieur, car la plupart des entraves aux échanges sont bien des dispositions qui, en droit national, reçoivent la qualification d'ordre public, ou de lois de police selon le droit international privé de certains Etats membres ». Il résulte de cet arrêt que les dispositions de police ne doivent pas constituer des entraves aux échanges notamment dans le secteur des services, sauf à être justifiées par le Traité lui-même ou par des raisons impérieuses d'intérêt général⁴⁴¹. Cela veut dire que les dispositions de police relatives aux monopoles des établissements de crédit ou des prestataires de services d'investissement devront être analysées à l'aune du droit communautaire, pour voir si elles ne constituent pas des entraves à la liberté des échanges. Il faut vérifier, comme y invite l'arrêt *Arblade*, si la loi en cause poursuit un objectif d'intérêt général. Mais il faut également vérifier que le contenu de la règle de police est proportionnel à l'objectif poursuivi. Pour ce qui nous concerne, les législations relatives à l'accès et à l'exercice des activités bancaires et financières se trouvent justifiées, sur le plan du droit français, par des motifs d'intérêt général. Le rôle du droit communautaire a été, par conséquent, d'encadrer le concept de disposition de police.

201. Acception communautaire de la catégorie des dispositions de police. Les jurisprudences issues de la Cour de Cassation et de la C.J.C.E. ont eu l'occasion de se prononcer sur le fait que telle ou telle législation devait relever ou non de la catégorie des dispositions de police⁴⁴². Et il faut bien admettre qu'il existe en cette matière certaines divergences entre ces deux types de jurisprudences⁴⁴³. L'arrêt *Arblade* a eu un retentissement important, du fait que pour la première fois, a été avancée une définition communautaire de la notion de lois de police. Cela équivaut donc à une véritable reconnaissance du concept, même si les définitions, nous le verrons, peuvent être soigneusement distinguées⁴⁴⁴. Au total, le rôle du droit de l'Union européenne présente de multiples facettes, parfois contradictoires, quant à la législation interne relative aux

⁴⁴¹ Il en résulte que contrairement à ce que soutient Mme le Professeur Ana QUIÑONES ESCÁMEZ, les dispositions de police sont bien admises par le droit communautaire. Voir QUIÑONES ESCÁMEZ (A.), *Marché intérieur, harmonisation minimale et contrats de consommation* (proposition de modification de l'article 5 de la Convention de Rome), *Communication sur le droit européen des contrats*, http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.13.pdf, page 8.

⁴⁴² Voir par exemple la jurisprudence *Ingmar* précitée, C.J.C.E. 9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd*, aff. C-381/98, *Europe*, 2001, page 18, obs. IDOT, même arrêt, voir la note de M. le Professeur Daniel MAINGUY, *loi de police : to be or not to be ?*, note sous C.J.C.E. 9 novembre 2000 précité et sous Cass. Com. 28 novembre 2000, *SA Allium c/ société Alfon Inc*, *Dr. & patr.*, septembre 2001, pp. 109 et 110.

⁴⁴³ Les deux arrêts précités ci-dessus, commentés par M. le Professeur MAINGUY, aboutissent à deux visions contraires : la C.J.C.E. considère en effet que la directive du 18 décembre 1986 sur les agents commerciaux doit s'appliquer au titre d'une loi de police à un contrat conclu sous l'empire de la loi américaine, alors que la Cour de Cassation a considéré que la loi du 25 juin 1991 relative aux agents commerciaux est d'une disposition protectrice de l'ordre public sur le plan interne, mais pas une loi de police applicable dans l'ordre international. Voir en ce sens MAINGUY (D.), *op. et loc. cit.*

monopoles professionnels étudiés. Il nous faut qualifier la manière dont le G.A.T.S. doit être pris en considération.

B) La prise en considération des accords du G.A.T.S.

202. Nature de l'impact de l'Accord de Marrakech. Nous devons préciser que ce traité a vocation à libérer le commerce international des services de certaines entraves émanant des Etats Membres. Cela conduit inmanquablement à une opposition de principes : les Etats, soucieux d'assurer la protection de leurs intérêts et ceux des parties dites faibles, adoptent des normes qui peuvent parfois entraver ce commerce. De son côté, l'O.M.C. a la volonté de libéraliser le commerce international. A cet égard, il y a lieu de relever, dans le préambule de l'Acte final de l'A.G.C.S., les deux premiers paragraphes. Il y est en effet indiqué que les signataires désirent « établir un cadre multilatéral de principes et de règles pour le commerce des services, en vue de l'expansion de ce commerce dans des conditions de transparence et de libéralisation progressive et comme moyen de promouvoir la croissance économique de tous les partenaires commerciaux et le développement des pays en développement ». Mais pour bien comprendre l'impact de l'A.G.C.S. sur les droits nationaux ou issus des espaces économiques intégrés, nous devons tempérer cette volonté, à l'image de ce que les signataires des Accords de Marrakech ont exprimé dans le préambule. Certes, les signataires sont « Désireux d'obtenir sans tarder une élévation progressive des niveaux de libéralisation du commerce des services par des séries de négociations multilatérales successives visant à promouvoir les intérêts de tous les participants sur une base d'avantages mutuels et à assurer un équilibre global des droits et des obligations ». Mais ce ne peut être, toujours selon le préambule, que « compte dûment tenu des objectifs de politique nationale ». Et il est aussitôt ajouté que les signataires « Reconnaissent le droit des Membres de réglementer la fourniture de services sur leur territoire et d'introduire de nouvelles réglementations à cet égard afin de répondre à des objectifs de politique nationale et, vu les asymétries existantes pour ce qui est du degré de développement des réglementations relatives aux services dans les différents pays, le besoin particulier qu'ont les pays en développement d'exercer ce droit ». Partant, l'O.M.C. consacre par la même la possibilité offerte aux Membres de maintenir des activités dites réglementées. Mais elle le soumet à certaines conditions. Nous verrons successivement comment l'Union européenne, puis l'ordre juridique français, peuvent être influencés par les accords de Marrakech relativement aux services financiers.

1) Prise en compte par l'ordre juridique communautaire

203. Fondements internationaux du droit communautaire. La doctrine communautaire est très peu encline, à de rares exceptions près, à reconnaître au droit communautaire les fondements internationaux qui sont pourtant les siens. Cela a été relevé dans un virulent article du Professeur Alain PELLET⁴⁴⁵. Pourtant, et nous y reviendrons, la Communauté européenne est fondée sur des traités constitutifs, lesquels doivent se conformer aux dispositions de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Ce bref rappel

⁴⁴⁴ Pour les conséquences de cette distinction, voir nos développements *infra* n° 453.

n'a pas d'autre objet que de préciser que l'Union européenne, au regard des institutions de l'ordre juridique international, n'est qu'un sujet de droit comme les autres. C'est-à-dire qu'elle peut conclure des traités, et s'engager par leur conclusion, sous réserve du respect de certaines conditions⁴⁴⁶.

204. Les accords de l'O.M.C. lient la Communauté. Par un arrêt en date du 12 décembre 1972, la Cour de justice des communautés européennes est arrivée à cette conclusion⁴⁴⁷, à propos des accords du G.A.T.T.-1947, auxquels les Communautés n'étaient pas et ne pouvaient pas être partie puisque leur émergence est postérieure. L'argumentaire de la Cour, pour arriver à cette conclusion, est le suivant, et tient en trois propositions. D'abord, pour que l'incompatibilité d'un acte communautaire avec une disposition de droit international puisse affecter la validité de cet acte, la communauté doit d'abord être liée par cette disposition. Ensuite, au moment de conclure le Traité instituant la Communauté Economique européenne, les Etats membres étaient liés par les engagements de l'Accord Général du G.A.T.T.-1947. Enfin, ces Etats n'ont pu, par l'effet d'un acte passé entre eux, se dégager des obligations existant à l'égard de pays tiers. Au contraire, leur volonté de respecter lesdites obligations résulte du Traité C.E. d'une part, et des déclarations des Etats membres de l'U.E. lors de la présentation du Traité C.E. aux Parties contractantes du G.A.T.T. d'autre part. A ce titre, l'article 110 (devenu l'article 131) du Traité de Rome contient une adhésion de la Communauté aux objectifs de l'accord général. Par ailleurs, l'article 234 alinéa 1 (aujourd'hui l'article 307) du Traité prévoit que les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement à l'entrée en vigueur du traité ne sont pas affectées par les dispositions dudit Traité. Si un accord international antérieur à la constitution de la Communauté européenne a pu lier cette dernière, à plus forte raison, les accords de Marrakech, postérieurs à cette constitution, lient la Communauté. Et ce d'autant plus qu'elle est signataire de ces Accords, qu'elle les a elle-même négociés et conclus⁴⁴⁸. La position de l'O.M.C. est à cet égard sans aucune équivoque, puisque la Communauté peut faire, au sein de cette institution, des communications en son nom propre. Comme le relève Frédérique BERROD, le problème des effets des accords internationaux – hors Union européenne – dans l'ordre juridique

⁴⁴⁵ Voir PELLET (A.), Les fondements internationaux du droit communautaire, *C.C.A.E.L.*, 1997, Vol. V-2, pp. 193 à 271. Voir dans le même sens KLEIN (P.), La Cour de Justice des Communautés Européennes et le droit international – de quelques incohérences, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 3 à 18.

⁴⁴⁶ Voir l'article 300 (ex-article 228) du Traité de Rome modifié.

⁴⁴⁷ Voir C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, Aff. Jointes 21 à 24/72, *Rec.* Page 1219, point 18. Voir également LÓPEZ ESCUDERO (M.), Quelques remarques critiques à propos de la jurisprudence de la Cour de Justice sur la politique commerciale commune, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 1160 à 1192, spécialement pp. 1191 et 1192.

⁴⁴⁸ Voir BERROD (F.), La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords O.M.C. : Essai de régulation de la mondialisation, *R.T.D.Eur.*, 2000, pp. 419 à 450, spécialement page 419, note 4.

communautaire est une question délicate, qui a suscité une jurisprudence « riche en contradictions et en subtiles nuances, dont il n'est pas encore aisé de dessiner tous les contours ». Cette doctrine semble assez symptomatique car elle laisse le soin à la C.J.C.E. de dire comment des normes internationales peuvent lier l'Union européenne. Cela tient sans doute à la place particulière des accords O.M.C. au sein de l'ordre juridique communautaire.

205. Positions particulières des normes internationales par rapport aux normes européennes. Pour imaginer cette position, l'on pourrait emprunter une métaphore à la mythologie romaine. Le positionnement des normes O.M.C. pourrait, d'une certaine manière, être comparée à la morphologie bien connue du Dieu Janus, dont une face regardait l'avenir, et l'autre le passé. Les normes O.M.C. sont en effet tout à la fois inférieures au droit originaire de l'Union européenne, et supérieures aux dispositions de droit dérivé. La supériorité du droit originaire résulte des dispositions attributives de compétences externes et les règles régissant leur exercice, ainsi que de l'article 300, paragraphe 6 du Traité de Rome modifié qui prévoit un contrôle juridictionnel a priori des engagements internationaux de la Communauté. Par ailleurs, le développement récent d'un contrôle a posteriori portant sur les accords déjà conclus corrobore ce phénomène⁴⁴⁹. Quant à la supériorité des accords O.M.C. par rapport aux directives, elle a été rappelée par la C.J.C.E. à de nombreuses reprises, sur la base de l'article 300, paragraphe 7, du Traité C.E.⁴⁵⁰. Les conséquences principales de cette position hybride, concernant l'accès d'un prestataire étranger sur le sol français, sont de deux natures. D'une part, les Accords O.M.C. ne lient la Communauté que dans ses rapports avec les Etats non membres de l'Union, et d'autre part, la C.J.C.E. recourt à la technique de l'interprétation des dispositions de droit dérivé conformément aux accords conclus par la Communauté⁴⁵¹. Dans ce cadre, la Communauté a pris un certain nombre d'engagements spécifiques concernant les prestataires de services d'investissement ayant leur siège dans un Etat tiers à l'Union mais membre de l'O.M.C.⁴⁵².

206. Les engagements spécifiques pris par l'Union européenne concernant l'accès au marché intérieur des services financiers. Ces engagements spécifiques concernent, entre autres, les services financiers, ou tout au moins certains d'entre eux. En effet, la liste des engagements précités précise qu'à la différence des filiales de sociétés

⁴⁴⁹ Voir en ce sens BLIN (O.), *Jurisl. Int.*, Fasc. 130-50, La communauté européenne et l'organisation mondiale du commerce (OMC), droit matériel et institutionnel, n° 39 à 41 ; voir également DEHAUSSY (J.) et SALEM (M.), *Jurisl. Int.*, Fasc. 12-3, Sources du droit international, Les traités, Effets des traités : applicabilité et application des normes conventionnelles dans l'ordre juridique communautaire et dans les principaux systèmes de droit étrangers, n° 83 à 86, et 87 à 89.

⁴⁵⁰ Voir en ce sens C.J.C.E., 14 décembre 1991, Avis 1/91, Rec. 1991, I, page 6079 ; C.J.C.E., 10 septembre 1996, Commission c/ Allemagne, Aff. C-61/94, Rec. 1996, I, page 3989 ; C.J.C.E., 13 juin 1998, Hermès International, Aff. C-53/96, Rec. 1998, I, page 1886 ; C.J.C.E., 12 novembre 1998, Italie c/ Conseil, Aff. C-352/96, Rec. 1998, I, page 6937.

⁴⁵¹ Voir en ce sens BLIN (O.), *Jurisl. Int.*, Fasc. 130-50, La communauté européenne et l'organisation mondiale du commerce (OMC), droit matériel et institutionnel, n° 40 à 41.

⁴⁵² Voir la liste de ces engagements sur le document coté (99-5018), GATS/SC/31/Suppl.4/Rev.118 novembre 1999.

étrangères, « les succursales établies directement dans un État membre par un établissement financier non communautaire ne sont pas, à certaines exceptions limitées près, assujetties aux réglementations prudentielles harmonisées au niveau de la Communauté qui accordent aux filiales susmentionnées des facilités élargies pour implanter de nouveaux établissements et fournir des services transfrontières dans toute la Communauté. Ces succursales sont donc autorisées à opérer sur le territoire d'un État membre dans des conditions équivalant à celles qui s'appliquent aux établissements financiers nationaux de cet État membre et peuvent être tenues de satisfaire à plusieurs règles prudentielles spécifiques telles que, dans le cas des banques et des services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, un capital distinct et d'autres prescriptions relatives à la solvabilité ainsi qu'à la présentation et publication des comptes [...]. Les États membres ne peuvent appliquer les restrictions indiquées dans la présente liste qu'à l'établissement direct, en provenance d'un pays tiers, d'une présence commerciale ou à la fourniture de services transfrontières à partir d'un pays tiers ; un État membre ne peut donc appliquer ces restrictions, y compris celles qui concernent l'établissement, à des filiales de sociétés de pays tiers établies dans d'autres États membres de la Communauté, sauf si ces restrictions sont également applicables à des sociétés ou ressortissants d'autres États membres conformément à la législation communautaire »⁴⁵³. Dès lors, par interprétation a contrario, les filiales d'établissements étrangers qui souhaitent s'implanter sur le territoire de l'Union européenne bénéficient là d'une passerelle. Les succursales, quant à elles, doivent se conformer aux prescriptions du droit de l'État d'accueil. Cet engagement de l'Union est d'ailleurs très clair, puisqu'« en application des directives communautaires pertinentes, les États membres feront tout leur possible pour examiner dans les 12 mois les demandes dûment établies présentées par des entreprises régies par les lois d'un pays tiers en vue d'obtenir les licences nécessaires à l'exécution d'activités bancaires par le biais de l'établissement d'une filiale dans un État membre conformément à la législation dudit État. Dans les cas où ces demandes sont rejetées, l'État membre fera tout son possible pour en informer les entreprises en question et donner les raisons du rejet de la demande »⁴⁵⁴.

2) Prise en compte des accords du G.A.T.S. par l'ordre juridique français

207. Question du rang des accords O.M.C. en droit interne. Par le fait qu'ils sont incorporés dans l'ordre communautaire, les accords externes ont la préséance par rapport aux dispositions internes⁴⁵⁵. Mais il faut ajouter que cette préséance découle également du fait de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, prévoyant la règle *pacta sunt servanda* : « Tout traité en vigueur lie les Parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». Cette règle s'applique, bien entendu, à l'A.G.C.S.. C'est la

⁴⁵³ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

⁴⁵⁵ Voir DEHAUSSY (J.) et SALEM (M.), *Jurisl. Int.*, Fasc. 12-3, Sources du droit international, Les traités, Effets des traités : applicabilité et application des normes conventionnelles dans l'ordre juridique communautaire et dans les principaux systèmes de droit étrangers, n° 89.

manifestation la plus tangible du rôle d'acculturation joué par le G.A.T.S. sur le droit interne. Concernant les services financiers, la France a, dans le sillage de l'Union Européenne, souscrit un certain nombre d'engagements spécifiques, comme le permet le G.A.T.S.. Ces engagements et dérogations vont interférer sur l'application de cet accord : cela touche au rayonnement du droit français sur l'ordre international, en matière de services financiers et bancaires. C'est ce que nous devons évoquer maintenant.

C) Le rayonnement du droit bancaire et financier français

208. Un rayonnement double. Les dispositions françaises relatives aux monopoles professionnels étudiés sont susceptibles d'influer de manière générale tant sur le plan communautaire⁴⁵⁶ qu' sur le plan international. Pour le propos qui nous préoccupe, nous rechercherons les incidences que les dispositions françaises peuvent entraîner quant à la mesure du champ d'application territoriale des dispositions communautaires et internationales.

1) Impact sur l'ordre communautaire

209. Délimitation du champ d'application territoriale du Traité dans le cadre du régime applicable à l'Outre Mer. Il doit être rappelé que la notion de territoire couvert par les normes issues de l'Union européenne, tant de droit originaire que de droit dérivé, s'appuie sur un renvoi à celle du territoire de chaque Etat membre. Dès lors, cela signifie que le droit français conditionne la sphère géographique dans laquelle les textes communautaires peuvent interférer. Cette sorte de subordination se traduit par le fait que l'Etat français, en accordant à telle portion de son espace ultramarin le statut de Département d'Outre Mer, de Territoire d'Outre Mer, ou de collectivité territoriale à statut spécial, peut influencer sur la zone couverte par les dispositions communautaires.

210. Le rôle prohibitif joué par la loi de l'Etat membre d'accueil. Le 17^{ème} considérant de la directive du 15 décembre 1989 précise que « les Etats membres doivent veiller à ce qu'il n'y ait aucun obstacle à ce que les activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle puissent être exercées de la même manière que dans l'Etat d'origine, pour autant qu'elles ne soient pas en opposition avec les dispositions légales d'intérêt général en vigueur dans l'Etat membre d'accueil ». Selon ce considérant, les activités contraires à l'intérêt général de l'Etat d'accueil pourraient être entravées. La seule question est de savoir qui appréciera cet intérêt général, en l'absence, logique, de

⁴⁵⁶ Ce phénomène n'a pas été mis en exergue par le Professeur SCHAEFFER lorsqu'il abordait sur le droit communautaire et le droit national. Selon lui en effet, le droit communautaire élimine ou amenuise le rôle du droit national. Voir SCHAEFFER (E.), *Le droit communautaire face au droit national, in Entretiens de Nanterre, 1978, Publications de la Faculté de droit de l'Université René Descartes (Paris V)*, éd. Gazette du Palais – Faculté de droit (Paris V), pp. 56 à 72. En revanche, les travaux du Professeur François RIGAUX aboutissent déjà à ce constat, quant au rôle joué plus largement par la méthode des conflits de lois en droit communautaire. L'auteur, dans sa contribution, montre en effet que cette méthode est mise en œuvre par des instruments de droit dérivé, et que certains concepts de droit interne sont insérés dans des normes communautaires. Voir RIGAUX (F.), *La méthode des conflits de lois en droit européen, in Mélanges en l'honneur de Bernard DUTOIT*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Librairie Droz, Genève, 2002, pp. 243 à 256 ; ou encore PUTMAN (E.), *L'évolution des rapports entre le droit communautaire et le droit privé français, R.R.J.*, 2003-1, pp. 97 à 104.

toute définition de ce concept par la directive. Selon Mme le Professeur Blanche SOUSI-ROUBI, la directive ne pouvait définir ce concept sous la double justification qu'il revient à la C.J.C.E. de le faire et qu'une définition textuelle interdirait, ou rendrait difficile, toute évolution ultérieure⁴⁵⁷. D'autres auteurs ne partagent pas cet avis, et soutiennent que cette notion recouvre celles « d'ordre public » et de « raison impérieuse d'intérêt général », utilisées toutes deux par la Cour pour justifier des entraves à la liberté de prestation de services⁴⁵⁸. Mme SOUSI-ROUBI, tout comme la Commission, adopte une vision restrictive, en excluant l'ordre public de cette notion d'intérêt général⁴⁵⁹. Il doit cependant être précisé que cette éviction (mécanisme qui n'est pas sans rappeler celui de l'exception d'ordre public en droit international privé) n'est possible que dans les domaines non harmonisés, seuls secteurs dans lesquels des contrariétés suffisamment graves peuvent subsister entre les législations internes. M. BIANCARELLI range parmi ces mesures visant à la sauvegarde de l'intérêt général celles qui visent à la protection des consommateurs, qui réglementent la production, la distribution et la consommation de services, et celles qui assurent la loyauté des transactions commerciales⁴⁶⁰. Nous avons vu que tels étaient les objectifs de la loi bancaire et de la loi de Modernisation des Activités Financières.

2) Impact sur l'ordre international

211. G.A.T.S. et dispositions de police. L'annexe sur les services financiers déjà évoquée permet à un Etat de prendre des mesures, aux termes de l'article 2 a), nécessaires « pour la protection des investisseurs, des déposants, des titulaires de polices ou des personnes à qui un droit de garde est dû par un fournisseur de services financiers, ou pour assurer l'intégrité et la stabilité du système financier ». Nous avons longuement analysé les dispositions françaises. Elles relèvent sans aucun doute de cette catégorie de mesures. L'annexe a un effet tout à la fois peu conditionné et automatique : peu conditionné car elle permet aux Etats membres de légiférer « nonobstant toute autre disposition de l'Accord », si ce n'est le but dans lequel les mesures étatiques sont adoptées ; et automatique parce que l'annexe emploie une formulation – révélatrice d'une obligation de laisser faire à la charge de l'O.M.C. – pour affirmer qu'un Etat « ne sera pas empêché » de prendre les mesures évoquées. Dès lors qu'un Etat prend une mesure dont le but correspond à celui précédemment indiqué, il ne contrevient ni aux dispositions ni aux obligations de l'Accord. Cela veut dire que l'Etat en question n'appliquera pas

⁴⁵⁷ Voir en ce sens SOUSI-ROUBI (B.), La loi applicable aux contrats bancaires transfrontaliers après la deuxième directive de coordination bancaire, *R.D.B.B.*, 1990, 155.

⁴⁵⁸ Voir BIANCARELLI (J.), L'intérêt général et le droit applicable aux contrats financiers, *Banque*, 1992, pp. 1090, spécialement page 1094 ; voir VAN GERVEN (W.), Convention de Rome, Traité de Rome et prestations de services dans le secteur financier, *Banque et droit*, hors série, juin 1993, pp. 23, spécialement page 28.

⁴⁵⁹ Voir SOUSI-ROUBI (B.), *Droit bancaire européen*, Dalloz, Paris, 1995 n° 286, page 146 ; voir également BONNEAU (Th.), *Dict. Joly Communautaire*, V° Banque, spécialement n° 101.

⁴⁶⁰ Voir BIANCARELLI, *Op. cit.*, page 1095.

l'A.G.C.S. pour préférer le droit national... C'est, en quelque sorte, une zone de non application dans la sphère initiale d'application de l'Accord, tout au moins relativement aux services financiers, et pour les seules questions tranchées par les dispositions de police protectrices des intérêts visés par l'annexe.

212. Engagements spécifiques souscrits par la France. Dans le cadre des engagements spécifiques souscrits par l'Union dans le cadre des accords du G.A.T.S., une seule disposition concerne la France, et porte sur les crédits par syndication. En effet, selon les termes de la liste d'engagements souscrits par l'Union et ses Etats membres, voici ce que prévoit l'engagement souscrit par la France : « outre les établissements de crédit français, seules les filiales françaises (de droit français) de banques non françaises agréées peuvent intervenir comme chefs de file pour l'émission de titres libellés en francs français, à condition de justifier d'un volume suffisant de ressources et d'engagements à Paris. Ces conditions s'appliquent aux banques chefs de file responsables des opérations. Les banques non françaises peuvent, sans restrictions ni condition d'établissement, agir en qualité de co-chefs de file pour l'émission d'obligations en eurofrancs »⁴⁶¹. Il s'agit là, à l'inverse des engagements précités souscrits par l'Union et applicables en France par le jeu de la primauté des dispositions émanant de l'ordre juridique communautaire – y compris les engagements internationaux de l'Union – d'une limitation, et non d'une porte ouverte.

§ - 2 Phénomènes d'asynchronisme

213. Deux types d'asynchronismes. Nous regrouperons sous le terme générique d'« asynchronismes » les différences et oppositions que nous relèverons entre les règles nationales et communautaires qui participent à la fixation du champ d'application territoriale des monopoles professionnels objets de la présente étude d'une part, et les situations de carence d'autre part. Nous pensons en effet que cet ensemble de règles, provenant de divers ordres juridiques et constituant un système normatif visant à encadrer l'accès et l'exercice d'activités données – en l'espèce les activités bancaires et financières – peuvent soit entrer parfois en conflit les unes avec les autres⁴⁶², soit laisser de véritables vides juridiques qui peuvent, dans certains cas, constituer autant de « sas » d'entrée, malgré la pluralité de textes que nous avons décrite. Dès lors les différences et oppositions constatées entre les diverses branches du droit applicables constituent des freins à un fonctionnement harmonieux de ce système, donc des « asynchronismes ». Il

⁴⁶¹ Voir la liste au document coté (99-5018), GATS/SC/31/Suppl.4/Rev.1, 18 novembre 1999.

⁴⁶² Voir, en sens contraire, KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, traduit par Charles EISENMANN, collection « La pensée juridique », Bruylant-L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 319 à 321. A notre sens, le titre du paragraphe en question, « L'absence de conflits entre droit international et droit étatique », ne rend pas très bien compte du contenu de la démonstration, lequel est qu'il n'y a pas de conflit *insoluble* entre droit international et droit étatique, voir spécialement sur ce point p. 319. En effet, à notre sens, l'absence de solution à un problème n'est pas la même chose que la négation pure et simple de l'existence de la difficulté. De fait, l'auteur affirme que si une loi étatique est contraire à un traité, cela n'affecte ni la validité du Traité, ni celle de la loi – *Op. cit.* p. 320. Or, si deux normes parfaitement valables ont des contenus différents et restent valables, elles ont vocation à entrer en conflit à un moment ou à un autre. La véritable question est autre : il s'agit alors de savoir comment résoudre ce conflit.

en va de même concernant les carences dans les zones d'application spatiale.

A) Existence de différences, d'oppositions et de freins.

214. Classification. Nous tenterons de montrer que ce premier type d'asynchronismes peut être divisé en trois catégories différentes, selon les ordres juridiques intéressés. D'abord, nous envisagerons ceux existant entre les normes françaises et les normes communautaires. Ensuite, un point sera fait sur les différences et oppositions éventuelles entre l'ordre interne et l'ordre international, dont nous avons établi qu'ils ne postulaient pas des mêmes impératifs – réglementation en interne, et liberté sur le plan international. Enfin, nous verrons que malgré le rôle important du droit international dans la construction européenne, l'Union fait, en quelque sorte, de la résistance.

1) Oppositions et différences entre normes françaises et communautaires.

215. Différences quant aux activités couvertes par les monopoles. Par confrontation entre les deux corps de textes, il est possible de conclure que certaines activités sont visées seulement par le droit national, d'autres seulement par le droit communautaire. Dès lors, sans parler de véritable opposition, il y a lieu de distinguer ici d'une part le cas des activités non harmonisées, et d'autre part celui des activités dont l'exercice est permis par le droit communautaire, sans que le droit national n'y mette de frein particulier. Le premier cas entraînera une restriction quant à la zone potentielle d'exercice dès lors que l'on est agréé en France, et sera étudié ici ; alors que la seconde hypothèse sera étudiée ultérieurement, au titre des carences du système. Le crédit différé, ou encore le crédit hypothécaire sont des secteurs d'activités dans lesquels il n'y a pas à ce jour d'harmonisation matérielle devenue effective. La jurisprudence nationale a eu, au sujet des crédits hypothécaires, à se prononcer. Par une série d'arrêts de principe, la Cour de cassation française a pu conclure à ce qu'une société belge qui avait exercé en France l'activité de distribution de crédit hypothécaire sans solliciter l'agrément du C.E.C.E.I. devait être sanctionnée, notamment sur le plan civil par l'annulation des contrats de prêts passés au mépris de l'absence de l'autorisation requise⁴⁶³. Il faut ajouter que cette prise de position a été vivement critiquée en doctrine et par les juges du fond. Nous évoquerons ces problèmes en seconde partie, car il nous suffit pour l'heure, de nous cantonner à notre démarche de constat des différences entre normes issues d'ordres juridiques distincts.

216. Différences quant à la nature des prestataires visés. Là encore, nous nous bornerons à dresser le constat – l'évocation des problèmes soulevés viendra en titre

⁴⁶³ Un nombre important d'arrêts a été rendu sur cette question par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, notamment à propos du crédit hypothécaire dispensé par des banques belges ou néerlandaises. Voir en ce sens Cass. Com. 13 mars 2001, formation restreinte, HSA Banque d'épargne c/ Mayade, Arrêt n° 521, et R.J.D.A. 2001, n° 801 ; Cass. Com. 20 octobre 1998, Epoux Seyve c/ IPPA, *D. Aff.* 1999, pp. 69 ; Cass. Com. 11 janvier 2000, Chemoul c/ Banque du crédit liégeois ; Cass. Com. 20 octobre 1998 in *Lexilaser Cassation*, Juridisque LAMY, arrêt n° 121, Pourvoi n° 97-12.008, SNC Dieulafait c/ ANHYP ; Cass. Com. 20 octobre 1998, SCI Thiry c/ ANHYP. Les trois dernières décisions ont été extraites du CD-Rom *Lexilaser Cassation*, Lamy éditeur, à la requête « exercice illégal de la profession de banquier ». Voir également VASSEUR (M.), Des aspects juridiques de l'Europe financière et, plus particulièrement, bancaire, *R.D.A.I.*, n° 2, 1991, pp. 171 à 211, spécialement page 175.

second de cette partie – que les établissements de crédit ne sont pas entendus de la même façon par les textes français et les textes communautaires pertinents. Le droit français considère en effet comme établissement de crédit les entreprises qui se livrent soit à l'activité de réception de fonds du public, soit à l'activité de mise à disposition de fonds, selon les termes de l'article L.511-1 du code monétaire et financier. La Directive bancaire, dans son article 1^{er}, § 1, exige quant à elle le cumul des deux activités. Cela nous paraît être la conséquence de la pluralité d'ordres juridiques intéressés par l'activité bancaire. Concrètement, cela signifie qu'une structure implantée dans un pays d'Europe au sein duquel une conception alignée sur la directive prévaut pourra exercer en France, même si elle n'est pas agréée dans son pays d'origine. Il lui faudra respecter la législation française sur les activités qu'elle veut exercer, c'est-à-dire obtenir l'agrément lorsque celui-ci est exigé.

2) L'opposition entre normes internationales et normes françaises

217. Caractère provisoire de l'A.G.C.S. en matière de services financiers. Nous avons souligné l'âpreté des négociations sur les services financiers. Il faut préciser ici que l'A.G.C.S. présente de ce fait un caractère temporaire⁴⁶⁴. En effet, des négociations postérieures à celles de l'Uruguay Round se sont avérées nécessaires pour compléter l'Accord, le préciser⁴⁶⁵. Puis, nous avons également attiré l'attention du lecteur sur le fait que cet Accord a été mis en œuvre depuis sa signature, ce qui implique que des interprétations aient pu être formulées. Cela nous conduira à envisager le cas de certains memoranda d'accord sur l'interprétation de certains articles de l'A.G.C.S. ainsi qu'à certains protocoles relatifs aux services financiers. Enfin, des organes particuliers ont été institués par cet accord, avec pour mission de statuer sur les différends relatifs au traité⁴⁶⁶.

218. Caractère complexe de l'A.G.C.S. en matière de services financiers. Les textes spécifiques au secteur financier peuvent être regroupés en trois catégories⁴⁶⁷. La première est l'ensemble d'annexes dont nous avons déjà exposé les traits relatifs au principe d'application territoriale. Sa logique consiste à fixer une définition des services financiers (à l'article 5 a), et à prévoir une clause permettant à un Etat membre de prendre des mesures dérogeant aux obligations découlant du G.A.T.S., lorsque celles-ci s'avèrent nécessaires à la protection des investisseurs, des déposants, des titulaires de polices ou des personnes à qui un droit de garde est dû par un fournisseur de services financiers, ou

⁴⁶⁴ Voir en ce sens SERVAIS (D.), G.A.T.S. et services financiers : un accord complexe... et temporaire, *R.D.B.B.*, 1996, n° 53, pp. 13 à 22. Voir également SERVAIS (D.) et DUTRY (J.), *Op. cit.*, spécialement page 658 *in limine*.

⁴⁶⁵ Sur l'ensemble de ces évolutions, voir SERVAIS (D.) et DUTRY (J.), *Op. cit.*.

⁴⁶⁶ Un exposé sur ces organes pourra être consulté avec profit, voir MORVAN (S.), L'émergence du pouvoir judiciaire au sein de l'O.M.C., *J.C.P., éd. E.*, 2002, pp. 1171 à 1175. Voir également LABAKI (G.), Le règlement des différends à l'O.M.C., *in Encyclopaedia Universalis*, Universalis, 1998, pp. 175 à 176.

⁴⁶⁷ Voir en ce sens l'analyse de SERVAIS (D.) et DUTRY (J.), GATS 2000 : quels enjeux pour les services financiers ?, *R.D.A.I.*, 1999, n° 6, pp. 653 à 675 (article en français et en anglais), spécialement page 657.

pour assurer l'intégrité et la stabilité du système financier, selon les termes de l'article 2 b de cette annexe. Mais il convient également d'ajouter qu'il existe le memorandum d'accord sur les engagements relatifs aux services financiers, qui procède d'une logique différente de celle de l'Accord. En effet, ce document fixe un niveau de libéralisation minimal du commerce des services financiers. Les pays y adhèrent volontairement, en contrepartie de quoi ils ont la possibilité d'émettre des réserves à leurs engagements, sous conditions. Le troisième est un ensemble de textes établissant des engagements spécifiques, et des exemptions de la clause de la nation la plus favorisée. Cette juxtaposition de textes et de logiques dissemblables conduit à l'impossibilité, pour un Etat, de connaître, à la seule lecture du texte de l'accord, les obligations qui sont les siennes dans le domaine des services financiers, c'est-à-dire s'il doit ou non respecter les obligations découlant de l'A.G.C.S. sur son territoire. C'est pour cela qu'il est impératif que nous abordions les actes postérieurs à l'Accord lui-même.

219. Négociations ultérieures – âpreté des débats. Nous avons vu que les discussions intervenues pendant l'Uruguay Round avaient été difficiles, relativement aux services financiers. Elles étaient même inachevées⁴⁶⁸. Ce phénomène a perduré par la suite, de sorte que les négociations se sont déroulées en plusieurs étapes, malgré une volonté de tout régler en une seule fois. Cela a d'abord débouché sur l'accord intérimaire du 28 juillet 1995, pour aboutir, par la suite, à une version remaniée du G.A.T.S. Et à ce jour, les résultats obtenus laissent subsister certaines zones d'ombre. Nous nous proposons de rechercher si ces actes ont apporté des nouveautés quant à l'application territoriale des dispositions de l'Accord Général sur le Commerce des Services, non dans son principe, mais quant à la zone d'application géographique couverte par cet accord.

220. L'accord intérimaire du 28 juillet 1995 et ses suites. La seconde annexe sur les services financiers déjà évoquée prévoyait la poursuite des négociations dans ce secteur. Elles devaient initialement se tenir jusqu'à la fin juin 1995. A l'issue de cette période, les membres de l'O.M.C. avaient la possibilité d'améliorer, de modifier ou de retirer en totalité ou en partie leurs engagements. Ils pouvaient également introduire de nouvelles exemptions de la clause de la nation la plus favorisée. Ces négociations se sont achevées, en réalité, le 28 juillet 1995. Les négociateurs décidèrent que de nouvelles négociations étaient nécessaires, et elles se sont déroulées jusqu'en 1997. A la suite des négociations de 1995, 29 membres de l'O.M.C. (l'Union européenne comptant pour un) ont amélioré leurs listes d'engagements spécifiques et/ou supprimé ou suspendu leurs exemptions de la clause NPF concernant les services financiers ou en ont réduit la portée. A la suite de la reprise de ces négociations et de l'accession de nouveaux pays à l'O.M.C. (y compris les membres de l'Union comptés séparément), 97 membres de cette organisation ont contracté des engagements concernant les services financiers au milieu de 1997, contre 76 pays à la fin du cycle de l'Uruguay Round⁴⁶⁹. Cela signifie que pour ces 21 nouveaux pays, la possibilité de légiférer en vue de protéger les intérêts reconnus

⁴⁶⁸ Voir en ce sens la communication de l'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (O.M.C.), Résultats des négociations sur les services financiers dans le cadre de l'Accord Général sur le Commerce des Services (A.G.C.S.), disponible à l'adresse <http://wto.org/wto/french/service/finbackf.htm>.

⁴⁶⁹ Sur ces négociations et leurs conséquences détaillées, voir *Ibidem*.

par l'article 2 b de l'annexe sur les services financiers s'est ouverte. Ces négociations n'ont pas remis en cause le caractère territorial de l'application de l'Accord, tel que nous l'avons défini antérieurement, mais elles ont modelé ce territoire, au fur et à mesure des ratifications et des mesures protectrices adoptées par les Etats.

3) La résistance de l'ordre communautaire face aux institutions internationales

221. Problématique. Comme le relevait fort justement M. le Professeur Alain PELLET⁴⁷⁰, l'Union européenne nourrit le très net dessein d'affirmer sa place sur le plan international. Ceci la conduit à se démarquer, voire à s'opposer à certaines prescriptions qui sont issues des accords de l'A.G.C.S.. C'est ainsi que l'on peut constater une véritable résistance de l'Union européenne aux accords du G.A.T.S. par l'intermédiaire de la C.J.C.E..

222. Construction jurisprudentielle de la C.J.C.E. : invocabilité limitée des accords O.M.C. . A la suite d'une lente construction jurisprudentielle, riche en nuances et en subtilités, la Cour de justice des communautés européennes a rendu une décision fort intéressante concernant notre propos, en date du 23 novembre 1999⁴⁷¹. A l'issue d'une argumentation très complète, cet arrêt affirme, confortant la jurisprudence antérieure de la C.J.C.E., que les accords de l'O.M.C. ne « figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle la légalité des actes des institutions communautaires ». Selon la Cour, et comme le relève Frédérique BERROD, l'invocabilité des accords O.M.C. est contestable et ne doit être que tolérée, c'est-à-dire exceptionnelle et limitée. Nous touchons là à l'une des vicissitudes de l'approche communautaire, qui provient du fait qu'il revient à la C.J.C.E. de préciser les modalités d'application d'un texte international⁴⁷², et non pas à un organisme international indépendant du membre lui-même.

223. L'apport de la proposition de directive sur les services financiers. A plusieurs reprises, la proposition de directive sur les services d'investissement et les marchés réglementés fixe la loi interne applicable à certaines opérations⁴⁷³, afin de clarifier les débats. Ce faisant, la Commission adopte une position très « eurocentrée », dans la mesure où son action se veut simplificatrice, puisqu'elle viserait à pallier la complexité prétendue – et assez souvent bien réelle il est vrai – des mécanismes propres au droit international privé. Les discussions soulevées par cette proposition peuvent être tout à fait enrichissantes⁴⁷⁴. Mais elles ne remettent jamais en cause l'option de la

⁴⁷⁰ *Op. cit.*

⁴⁷¹ Pour une analyse de cette décision, voir BERROD (F.), *Op. cit.*

⁴⁷² Voir nos développements *supra* n° 203 et 204.

⁴⁷³ Voir la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les services d'investissement et les marchés réglementés, et modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil, et la Directive 2000/12/CE du Parlement Européen et du Conseil, COM (2002) 625 final, 2002/0269 (COD), article 33. La directive 2004/39 a intégré ce texte à l'article 36.

proposition qui consiste à préciser la loi applicable à la manière d'une disposition de droit international privé⁴⁷⁵.

B) Les carences

224. Dualité. Lorsque nous parlons de carence, nous voudrions traiter de la question de savoir si cet espace couvert par l'ensemble des normes évoquées précédemment, tant nationales que communautaires, ne présente pas certaines faiblesses, susceptibles de se transformer, pour qui voudrait exercer en France ou en Europe, en véritables portes ouvertes. Il faut bien admettre que cette zone d'impact des monopoles bancaires et financiers, telle que nous l'avons définie précédemment, doit être relativisée à l'aune d'une analyse *ratione materiae* desdits monopoles. En effet, ce qui relèvera du monopole français peut ne pas relever du monopole communautaire. Dans ce cas là, seule la dimension territoriale nationale pourra être prise en compte, sous réserve de ce que nous établirons en matière d'extraterritorialité. Cette carence résultant d'une disparité des activités couvertes n'est cependant pas la seule, et semble appelée à disparaître. Mais un second type de carences devra être étudié avec attention : c'est celui résultant de ce que certaines zones comprises dans le champ d'application territoriale des monopoles bancaires et financiers, ou bien à comprendre, sont dotées de législations plus souples que la loi française.

1) Les carences du fait des activités couvertes

225. Problématique. L'existence d'activités non harmonisées, et la simple harmonisation minimale des législations quant aux définitions des activités à réglementer au sein de l'Union entraînent une complexité supplémentaire. Pour clarifier les idées, il faut distinguer la question des activités non harmonisées de celle des activités dans lesquelles existe une harmonisation minimale. Sur la première question, théoriquement, de deux choses l'une. Soit l'activité est intégrée au monopole français et pas dans l'acception communautaire des services bancaires et financiers, soit à l'inverse, le droit de l'Union européenne envisage de réglementer une pratique qui ne l'est pas sur le plan national. Cette dernière hypothèse doit être écartée d'emblée. De fait, la primauté du droit communautaire et le phénomène d'acculturation que constitue la nécessité de transposer les directives européennes vont inéluctablement conduire à ce que le droit français s'aligne sur les dispositions communautaires. Il reste donc à voir, au titre de ces carences, la seule situation dans laquelle le monopole bancaire et financier français régit une activité non harmonisée. Il s'agit, par exemple, des hypothèse de crédit différé ou de crédit hypothécaire. Sur la seconde question, celle relative aux activités ayant fait l'objet d'une

⁴⁷⁴ Voir le Rapport remis par le Parlement européen, du 4 septembre 2003, n° A5-0287/2003, spécialement les amendements relatifs à cet article 33. Un avis du Conseil économique et social, en date du 18 et 19 juin 2003, ne formulait aucune observation sur ce texte. Voir J.O.C.E. du 16 septembre 2003, n° C/220, pp.1 et suivantes. Enfin, une communication de la Commission est récemment intervenue. Voir la Communication de la Commission au Parlement européen du 12 janvier 2004, COM (2004), 15 final, qui fait état d'une position commune arrêtée par le Conseil à la majorité qualifiée le 8 décembre 2003.

⁴⁷⁵ Voir le rapport parlementaire et la position commune précités.

harmonisation minimale, les données ne sont pas réellement identiques : certaines législations, au sein de l'Union, seront plus souples que d'autres. Au final, quelle que soit la situation envisagée, entre les activités non harmonisées ou harmonisées de façon minimaliste, la conséquence est la même. Le champ d'application territoriale théorique tel que nous l'avons défini pourrait, du fait de la reconnaissance mutuelle des agréments, se réduire à la portion congrue en cas de law shopping. Nous proposons d'en faire l'inventaire, à la lumière, notamment, de la dernière proposition de directive émanant de la commission concernant les services d'investissement⁴⁷⁶, devenue désormais la directive 2004/39. Nous en déduirons ensuite les conséquences.

a Exposé des carences

226. Exposé des carences – monopole bancaire. Les principales opérations qui ne font pas l'objet d'une harmonisation sont celles de crédit différé. Les crédits hypothécaires en font partie, même si l'on voit que l'annexe de la directive bancaire les vise expressément. Cela ne sous-entend pas que les législations nationales aient pu être harmonisées en la matière, le projet de directive en vue de procéder à cette harmonisation n'ayant pas abouti à ce jour. Cela a justement l'effet pervers que nous énoncions plus haut. Qui plus est, la pratique bancaire est amenée à créer certaines formes d'opérations ou de montage qui peuvent n'avoir fait l'objet d'aucune disposition légale de droit interne.

227. Exposé des carences – monopole financier. Il faut rappeler que la loi M.A.F. est une loi visant à transposer en droit interne la Directive sur les Services d'Investissement. Il ne devrait donc pas exister de carence, c'est-à-dire d'activités réglementées en France et non couverte par la directive, même si l'architecture des textes diffère sensiblement. Or, à la lumière de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les services d'investissement et les marchés réglementés, émanant de la commission, il s'avère qu'il n'en est strictement rien, et que les craintes que nous énoncions sont bien réelles. En effet, les termes de cette proposition de directive sont plus qu'édifiants. Un premier grief est adressé à la D.S.I. par la Commission, en ce sens que : « la DSI ne prévoit pas une harmonisation suffisante pour permettre la reconnaissance mutuelle effective des agréments délivrés aux entreprises d'investissement. En conséquence, l'efficacité du passeport qu'elle a introduit a été fortement amoindrie par l'exercice d'une surveillance double, voire multiple, sur les transactions transfrontalières⁴⁷⁷ ». Un second grief est également adressé à la D.S.I., dans la continuité de ce que nous énoncions précédemment : « La DSI ne couvre pas tout l'éventail des services offerts aux investisseurs (par exemple, le conseil en investissement ou les nouveaux canaux de distribution) ni de la négociation financière (par exemple, lorsqu'elle porte sur des instruments dérivés sur produits de base). Lorsqu'elles sont exercées à titre principal ou régulier, certaines de ces activités peuvent faire peser des

⁴⁷⁶ Voir la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les services d'investissement et les marchés réglementés, et modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil, ainsi que la Directive 2000/12/CE du Parlement Européen et du Conseil, COM (2002) 625 final, 2002/0269 (COD).

⁴⁷⁷ *Ibidem*, page 7, point 1.

risques importants sur les investisseurs ou l'efficacité et la stabilité du marché – risques qui pourraient être traités par l'application de la DSI révisée et de disciplines connexes⁴⁷⁸

». Enfin, la D.S.I. faillirait à sa mission de protection des investisseurs. En effet, aux termes de la proposition de directive : « la directive existante ne jette pas les bases d'un jeu harmonisé d'obligations en matière de protection des investisseurs, pourtant nécessaire à la reconnaissance mutuelle des conditions d'agrément et d'exercice. Une combinaison de principes trop généraux, non étayés par des lignes directrices opérationnelles et fragilisés par un grand nombre de dérogations fondées sur la sauvegarde de l'intérêt général, a limité la capacité des entreprises d'investissement d'exercer les libertés garanties par le Traité en se prévalant de la surveillance exercée dans l'État membre d'origine⁴⁷⁹ » La directive 2004/39 abrogeant la D.S.I. vient tempérer ces craintes et ces griefs. Mais bien qu'elle soit entrée en vigueur dès le 30 avril 2004, elle n'abroge l'ancienne D.S.I. qu'à compter du 30 avril 2006⁴⁸⁰.

b Les conséquences de ces carences

228. Conséquences : un espace est laissé aux lois de police étrangères. Les juges français peuvent être amenés à appliquer une loi de police étrangère. Dans cette hypothèse, ladite loi est considérée⁴⁸¹ quasiment comme un fait, et partant, relève de la seule appréciation des juges du fond⁴⁸². Sous la réserve, cependant, du contrôle par la Cour de Cassation de la dénaturation⁴⁸² des textes étrangers. Ainsi, dès lors qu'une loi de police française ne régit pas un phénomène donné, et qu'une loi étrangère est déclarée applicable par les juges français, il y a lieu de considérer que cette loi vient

⁴⁷⁸ *Ibidem*, page 7, point 3.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, page 27. Ce grief a suscité une proposition de la commission, sur laquelle nous reviendrons car elle aboutit à amoindrir le rôle des Etats. Voir *infra* n° 777.

⁴⁸⁰ Pour l'éventualité d'une application simultanée des deux directives, voir *infra* paragraphe 319).

⁴⁸¹ Il a cependant été jugé par la Cour de Cassation que la loi étrangère, « *malgré l'absence de contrôle par la Cour de Cassation, est une règle de droit* ». Voir Cass. civ. 1^{ère}, 13 janvier 1993, Consorts Coucke, *R.C.D.I.P.*, 1994, pp. 78 à 82, note critique B. ANCEL. Cet auteur estimait à l'époque que : « *Sur le plan théorique, le fondement donné à cette solution pourrait déboucher sur quelques difficultés. Assurément, la consécration de la qualification règle de droit satisfera un important courant doctrinal [...]. Mais il faut relever que la formule de l'arrêt enchasse une réserve importante ; la Première chambre civile tempère ainsi son affirmation en réitérant à dessein son refus de contrôler l'application et l'interprétation de ce droit là – que sous ce rapport elle persiste donc à assimiler à un fait au moment où elle le répute droit sous le rapport de la détermination des pouvoirs des juges dans l'établissement de sa teneur* ». Sur cet arrêt, voir ALEXANDRE (D.), *Jurisl. Int.*, Fasc. 539-10, Conflits de lois, la loi étrangère devant les tribunaux français, Généralités, Application d'office de la règle de conflit, § 32. Il peut être remarqué que l'annotateur de cette décision semble conférer une portée presque anecdotique à cette décision dans ses écrits ultérieurs. Voir à cet effet ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2001, n° 19, § 8, page 175. Qu'on en juge : « *Lorsqu'il est étranger, le droit ne devrait donc pas être traité comme du droit par les tribunaux français. Depuis longtemps en effet, et récemment encore – quoi qu'en dise la Cour de cassation – et l'auteur cite l'arrêt Coucke – la jurisprudence française fournit mainte occasion de constater que le droit étranger est justiciable d'un régime spécial qui le rapproche parfois d'un élément de fait* ».

suppléer les vides laissés par les dispositions françaises quant aux questions abordées.

229. Conséquences : le risque de law shopping. Les carences évoquées peuvent conduire à une recrudescence du law shopping. En effet, les législations internes peuvent ne pas avoir les mêmes exigences pour permettre l'exercice d'une activité dont les conditions d'accès et d'exercice n'ont pas été harmonisées sur le plan communautaire. Dès lors, si l'on admet, par exemple, que les lois française et belge concernant les activités bancaires et financières sont les plus restrictives, parmi les législations des Etats membres de l'Union, il sera difficile d'envisager qu'un quelconque law shopping puisse s'envisager à leur profit.

230. Solutions proposées par la proposition de directive. Sur le problème de l'existence d'activités non couvertes, à savoir, le conseil en investissement, l'analyse financière et les instruments dérivés sur produits de base, il est bon que le problème ait été perçu. Des solutions ont été proposées par la Commission. S'agissant du conseil en investissement, la proposition prévoit d'inclure cette activité dans la section A de l'annexe I de la D.S.I., c'est-à-dire dans les services autonomes⁴⁸³. Mais à notre sens, cette directive ne fait que déplacer le problème sur ce point. D'une activité non comprise dans

⁴⁸² Voir Cass. Civ., 1^{ère} section, 21 novembre 1961, Montefiore c/ colonie belge du Congo, *R.C.D.I.P.*, 1962, 329, note LAGARDE (P.) ; *Clunet*, 1962, 686, note GOLDMAN ; *J.C.P.*, 1962, II, 12521, note LOUIS-LUCAS ; *D.* 1963, p. 37, note Ph. F. et chronique FRANCESCAKIS ; voir sur cet arrêt ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts... précité*, n° 36, pp. 315 à 327. Voir également Cass. Com. 26 février 2002, *P.A.*, 2002, n° 107, pp. 7 à 8, note PERDRIAU (A.). Voir plus largement MAYER (P.), *Les procédés de preuves de la loi étrangère, in Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 617 à 636, spécialement page 626 à 631 ; ALEXANDRE (D.), *Juriscl. Int.*, Fasc. 539-10 *précité* ; *Juriscl. Int.*, Fasc. 539-20, *Conflits de lois, la loi étrangère devant les tribunaux français, Etablissement du contenu de la loi étrangère* ; BOLARD (G.), *Les tribulations de la loi étrangère devant le juge français, in Mélanges en l'honneur de André PONSARD, la Cour de Cassation, l'Université et le droit*, Litec, Paris, 2003, pp. 103 à 114 ; LEMONTEY (J.) et ANCEL (J.P.), *André PONSARD, un internationaliste à la Cour de Cassation, même ouvrage*, pp. 207 à 212 ; VAREILLES-SOMMIERES (P. de), *Glossaire de l'application judiciaire de la loi étrangère, in Etudes offertes à Jacques NORMAND, Justice et droits fondamentaux*, Litec, Paris, 2003, pp. 485 à 505.

⁴⁸³ Selon la Commission, « le classement de cette activité dans la liste des services de base de la DSI devrait contribuer à établir un cadre réglementaire traitant de manière mesurée et souple les risques spécifiques auxquels elle expose les investisseurs. Les principales conséquences de cette extension de la DSI sont les suivantes : – les conseillers en investissement sont soumis à l'obligation d'agrément et aux conditions d'exercice fixées dans la directive. Des règles de surveillance proportionnées et adaptées sont nécessaires pour protéger les investisseurs des risques qu'entraînent un conseil inadéquat ou un comportement du conseiller contraire à la déontologie ou à l'éthique. L'inclusion dans le champ d'application de la DSI garantirait notamment aux investisseurs la protection des règles de conduite de base lorsqu'ils traiteront (grâce aux technologies de communication à distance) avec des conseillers agréés ou établis dans un autre Etat membre ; – les entités (y compris les personnes physiques) qui fournissent des conseils d'investissement à titre principal/exclusif devront obtenir un agrément d'entreprise d'investissement au sens de la DSI, en lieu et place des régimes nationaux spécifiques auxquels elles sont actuellement soumises ; – les entreprises fournissant des conseils d'investissement sur une base autonome pourront offrir leurs services à distance/au-delà des frontières dans toute l'Union européenne, sous la surveillance unique de l'autorité de leur Etat membre. À l'heure actuelle, seules les banques et entreprises d'investissement fournissant les services de base énumérés dans la DSI peuvent se prévaloir du passeport institué par la directive pour proposer leurs conseils en la matière. La plupart des conseillers en investissement n'exercent toutefois qu'à l'intérieur d'un marché géographique restreint et ne portent donc qu'un intérêt limité au passeport de la D.S.I. ». Voir proposition de directive précitée, page 33.

le champ *ratione materiae* de la reconnaissance mutuelle, on passe au stade de l'activité incluse, sans pour autant avoir harmonisé les conditions relatives à ces activités, ce que la directive 2004/39 laisse perdurer. Le risque de law shopping perdure donc, même si l'espace laissé aux lois de police étrangère semble être écarté pour les activités visées. S'agissant de l'analyse financière, la Commission propose un classement dans l'annexe 1 C⁴⁸⁴. Enfin, les instruments dérivés sur produits de base doivent être inclus, selon la Commission, dans le champ d'application de la directive. Il n'est pas spécifiquement prévu d'harmonisation dans ces deux secteurs, ce qui laisse, là encore, la persistance du risque de law shopping. Par ailleurs, les solutions proposées laissent encore deux types d'activités non harmonisées. Il s'agit des activités de compensation et de règlement, dont la directive indique clairement qu'elles ne seront pas harmonisées, et que par conséquent, elles ne seront pas « étiquetées D.S.I. »⁴⁸⁵. L'on pourrait se demander pourquoi la Commission, aux fins d'éviter le risque de law shopping, n'étend pas cette analyse à tous les secteurs des activités bancaires et financières. C'est l'examen des justifications employées pour ne pas inclure la compensation et le règlement dans le champ d'application de la D.S.I. – complexité et ordre public – qui nous conduit à affirmer que le risque de law shopping ne guide pas les travaux de la Commission⁴⁸⁶. Si tel avait été le cas, le raisonnement de l'harmonisation maximale, et non plus *a minima*, préalable à toute intégration dans les activités couvertes par la reconnaissance mutuelle des agréments serait systématique.

231. Conclusion. La proposition de directive, et la directive 2004/39 qui en est issue, apporteront peut-être des réponses aux craintes que nous exprimons. En effet, concernant le risque de law shopping, la Commission le contourne en confiant aux autorités compétentes des Etats membres le soin de l'empêcher. En effet, le 15^{ème} considérant est très explicite sur ce point⁴⁸⁷. Il y est clairement indiqué que « les principes de la reconnaissance mutuelle et de la surveillance exercée par l'Etat membre d'origine exigent que les autorités compétentes des différents Etats membres n'octroient pas l'agrément ou le retirent lorsque des éléments tels que le contenu du programme d'activité, l'implantation géographique ou les activités effectivement exercées indiquent,

⁴⁸⁴ *Ibidem*, op. et loc. cit..

⁴⁸⁵ *Ibidem*, page 36. La commission reconnaît les limites du procédé de « l'étiquetage D.S.I. » sans harmonisation préalable pour ce secteur d'activités. Elle énonce en effet que : « *En ajoutant simplement la compensation et le règlement à la liste des services relevant de la DSI sans harmoniser les méthodes de gestion des risques ni créer un cadre de surveillance efficace, on risque non seulement de ne pas aménager un environnement de marché unique efficace et propice à ces activités, mais aussi de faire obstacle à une bonne surveillance prudentielle de ces organismes. Le simple étiquetage de ces activités comme "services relevant de la DSI" n'est pas la panacée. Il convient d'abord de réfléchir et de concevoir le cadre réglementaire nécessaire [...]* » (sic !).

⁴⁸⁶ Elle justifie son choix de la manière suivante : « *c'est cependant précisément en raison de leur importance pour le système et de la complexité des considérations techniques d'ordre public qu'elles soulèvent et qui appellent des mesures dûment pesées, que la Commission ne croit pas que ces fonctions de marché distinctes – compensation et règlement – doivent relever de la DSI* ». Op. et loc. cit..

⁴⁸⁷ Voir *Ibidem*, page 44.

de manière évidente, que l'entreprise d'investissement a opté pour le système juridique d'un État membre afin de se soustraire aux normes plus strictes en vigueur dans un autre État membre sur le territoire duquel elle entend exercer ou exerce la majeure partie de ses activités ». Louable objectif, que la directive confirme⁴⁸⁸. Mais à notre sens, l'efficacité de ce procédé est discutable. En effet, les autorités étatiques devront rechercher l'existence d'une intention, élément éminemment subjectif, dont il sera nécessaire que les faits – la liste n'est heureusement pas limitative – la matérialisent de manière évidente. La quadrature du cercle ! Ainsi, la proposition laisse en suspens une autre question, intimement liée, pourtant, aux activités bancaires et financières que le texte précité vise à réformer. Il s'agit de celle des territoires visés, eux-mêmes source de carences.

2) Les carences du fait des territoires visés

232. Nature et origine de cette carence. Nous avons établi que concernant le territoire national, certaines zones étaient exclues du champ d'application territoriale des monopoles analysés, parce qu'elles relevaient de dispositions particulières. Mais ce constat peut également être effectué à propos de l'espace communautaire. C'est-à-dire que sur ces zones, plus précisément les T.O.M. pour la France et les pays et territoires associés pour l'Europe, aucun contrôle sérieux quant à l'implantation d'établissements de crédit ou de prestataires de services d'investissement n'est réalisé. De même, nous avons affirmé que l'espace communautaire n'était pas figé, beaucoup moins que ne l'est le territoire national. Or, certains des États candidats à l'adhésion font partie de ces États à la législation souple concernant l'établissement de banques ou d'intermédiaires financiers sur leur territoire. Cela ne va pas sans poser de délicats problèmes. Mais toutes ces situations peuvent être, en réalité, englobées sous une seule question, celle des paradis bancaires.

233. Typologie possible des paradis bancaire s. Un auteur a observé que les paradis fiscaux pouvaient être classifiés selon une typologie, laquelle serait fonction du caractère coopératif du territoire en question, de la qualité de leur législation interne⁴⁸⁹. A la lecture de cet article, et d'après cet auteur, il est possible de relever quatre types de paradis fiscaux, selon la qualité de leur réglementation, quoique cette notion puisse sembler vague et éminemment subjective. A l'échelle mondiale, un premier groupe de paradis, dits « propres »⁴⁹⁰, comprendrait les îles Anglo-Normandes, la Suisse, le Luxembourg, l'île de Man, la Belgique, l'Irlande, Hong Kong, Dubaï et Singapour. Un second groupe de paradis dits « gris » se composerait des Bermudes, de la Barbade, Gibraltar, la Principauté d'Andorre, la Principauté de Monaco, l'île de Malte. Un troisième groupe de paradis, dits « sales », rassemble les îles Turks et Caïcos, les Bahamas, les îles Caïmans, le Belize, le Costa Rica, le Panama, Aruba, Saint Kitts et Nevis, les îles

⁴⁸⁸ Voir en ce sens le considérant n° 22.

⁴⁸⁹ Voir en ce sens FITÈRE (A.L.), Paradis fiscaux – peuvent-ils disparaître ?, *Enjeux*, janvier 2003, pp. 86 à 88.

⁴⁹⁰ C'est-à-dire, selon Mme FITÈRE, que le pays en question est coopératif et dispose d'une réglementation de bonne qualité. Ce dernier qualificatif étant bien sûr, assez vague.

Vierges Britanniques, Anguilla, Antigua et Barbuda, la Dominique, Chypre, le Liechtenstein, la Russie, l'île Maurice, les îles Marshall, et l'île Niue. Enfin, un dernier groupe de pays non coopératifs, drainant l'argent issu des trafics et du terrorisme, est issu des réflexions du Groupe d'Action Financière sur le blanchiment des capitaux, le G.A.F.I., groupe travaillant au sein de l'O.C.D.E.. Cette liste, dite « liste noire du G.A.F.I. », comprend le Guatemala, Grenade, Saint Vincent et les Grenadines, le Nigeria, l'Egypte, l'Ukraine, l'Indonésie, les Philippines, l'île Nauru, les îles Cook. Pour le propos qui nous intéresse, cette classification présente une grande importance dans la mesure où certains territoires qui font partie de cette liste font partie de l'actuel – voire futur – champ d'application européen des textes régissant les monopoles bancaires et financiers.

234. Problématique des paradis bancaires compris ou à comprendre dans l'Union européenne. Compte tenu de ce qui précède, certaines portions du territoire communautaire, à savoir tous les Pays et Territoires Outre-mer tels qu'ils résultent de la liste modifiée, dressée en annexe au Traité de Maastricht, ont leur propre législation, laquelle est tellement souple qu'il serait suicidaire d'y appliquer le régime de la reconnaissance mutuelle des agréments. D'autres portions sont considérées comme « propres », et disposent déjà d'institutions de contrôle, parce qu'elles sont déjà intégrées au sein de l'Union. C'est le cas de l'Irlande. Par ailleurs, Chypre et Malte sont deux paradis respectivement « sale » et « gris », qui sont amenés à intégrer l'Union à compter du 1^{er} mai 2004⁴⁹¹. Voilà qui va poser avec une acuité toute particulière la question de la pertinence de la reconnaissance mutuelle des agréments si les mesures adéquates ne sont pas prises pour que les institutions bancaires locales soient alignées sur ce qui se pratique dans les actuels Etats membres. Les risques posés par les Etats qui sont ou vont devenir membres sont les mêmes, mais ne surviendront pas pour les mêmes raisons que les risques inhérents aux pays et territoires associés. Dans les deux cas, le risque est que si le nécessaire n'est pas fait, ces pays conserveront une législation plus souple, propre à favoriser les délocalisations. Mais les éléments déclencheurs de ce risque vont différer, de même, par conséquent, que les moyens de s'en prémunir.

235. La gestion des risques inhérents aux pays associés. Nous avons vu que ces pays n'ont pas encore, sur place, d'institutions bancaires et financières⁴⁹². A ce titre, il apparaît impossible d'y appliquer les dispositions communautaires relatives à la liberté de prestation de services. En effet, nous avons établi que le régime d'association ne couvrirait pas encore le secteur de la liberté de prestation de services. Pourtant, cela est amené à évoluer radicalement. Ainsi, il semble bien prévu « d'appuyer la création d'institutions bancaires et financières », aux fins de mettre en place la liberté de prestation de services sur ces territoires et pays associés. Dès lors, pour éviter le risque que ces pays ne deviennent de véritables portes d'entrée du marché européen, il est absolument indispensable que les institutions bancaires et financières locales présentent toutes les garanties nécessaires de fiabilité et de pouvoir de coercition pour assurer un contrôle de qualité sur les prestataires de services d'investissement et les établissements de crédit

⁴⁹¹ Cette date est issue de second sommet de Copenhague, intervenu en Décembre 2002, il était auparavant question du 1^{er} janvier 2004.

⁴⁹² Voir la décision du Conseil du 27 novembre 2001, sur l'association outre mer, préc., *supra* n° 169, note 402.

qui exerceraient dans ces pays. La différence avec les nouveaux impétrants tient au fait que le calendrier dans lequel l'intégration de ces P.T.O.M. dans les marchés bancaires et financiers ne se fait pas aussi rapidement que pour Chypre et Malte. Nous n'en sommes en effet qu'au stade de la réflexion quant à la création d'institutions sans fixation expresse de délais pour ce faire, alors que le processus d'élargissement se situe dans un délai prévu, à savoir le 1er mai 2004.

236. La gestion des risques inhérents aux nouveaux « impétrants ». Le risque est exactement le même que pour les pays associés : il procède de la souplesse de la législation applicable, et aboutirait à une délocalisation, voire à l'ouverture du marché européen à des banques extra-européennes si la reconnaissance mutuelle des agréments, le home country control, et la libre prestation de services devaient s'y appliquer immédiatement après leur intégration au sein de l'Union, à savoir au 1er mai 2004 et que les dispositions légales restent en l'état ou demeurent plus souples. A titre d'exemple, il faut savoir que Chypre, que d'aucuns ont pu qualifier de « place financière à la réputation douteuse », avait été sommée par la Commission, pour pouvoir intégrer l'Union, de moraliser son économie. En effet, cette île avait développé, dès les années 70, un secteur offshore, pour accueillir les capitaux libanais. Plus tard, elle devient l'hôte des fonds du Proche-Orient, puis de l'Europe de l'Est. Ces activités, propices au blanchiment de l'argent issu du terrorisme, du trafic de stupéfiants, etc., généraient, en 1999, des recettes de 411 millions d'euros environ pour cette île... Chypre s'est engagée, d'ici 2005, à éliminer le dispositif fiscal favorable aux sociétés offshore, et finalise son dispositif de lutte contre le blanchiment. Visiblement, la Commission s'est satisfaite de ces engagements, et sans en attendre les résultats définitifs, la décision a été prise d'intégrer Chypre à l'Union européenne à compter du 1er mai 2004. Ceci, soit dit en passant, laisse subsister une situation dangereuse pendant un peu moins d'un an, puisque la liberté de prestation de services s'appliquera, mais que, parallèlement, les institutions régulatrices du secteur bancaire n'auront pas forcément été finalisées alors que partout ailleurs, au sein de l'Union, elles doivent impérativement présenter des garanties de fiabilité⁴⁹³. Cependant, la méthode fixée par la Commission pour vérifier que Chypre – comme les autres Etats candidats – va satisfaire ses engagements peut s'avérer quelque peu rassurante au premier abord, mais l'on peut être nuancé. En effet, la commission estime que la reprise par les impétrants de l'acquis communautaire suppose l'évaluation de 29 chapitres constituant l'acquis. Cette évaluation est consignée dans des rapports périodiques, dans lesquels la commission apprécie les progrès accomplis par les Etats candidats en quatre années⁴⁹⁴. Nous prendrons les exemples de Chypre et de Malte pour vérifier comment la Commission analyse ces progrès, et à quel point son analyse

⁴⁹³ A titre d'exemple, la D.S.I. prévoit en son article 22 que : « 1. Les États membres désignent les autorités compétentes qui doivent exercer les fonctions prévues par la présente directive. Ils en informent la Commission, en indiquant toute répartition éventuelle de ces fonctions. 2. Les autorités visées au paragraphe 1 doivent être soit des autorités publiques soit des organismes reconnus par le droit national ou par des autorités publiques expressément habilitées à cette fin par la loi nationale. 3. Les autorités concernées doivent disposer de tous les pouvoirs nécessaires pour accomplir leur mission ».

⁴⁹⁴ Voir le Document de stratégie et Rapport de la Commission européenne sur les progrès réalisés par chacun des pays candidats sur la voie de l'adhésion, intitulé vers l'Union élargie, 9 octobre 2002, COM(2002) 700 final, spécialement page 9.

peut être nuancée. L'enjeu est colossal : peut-on affirmer que les autorités chypriotes ou maltaises auront les infrastructures nécessaire à l'exercice du contrôle des activités en France d'un groupe bancaire chinois qui se serait installé à Chypre en vue de bénéficier de la reconnaissance mutuelle et exercer sur tout l'E.E.E. ? Il est permis d'en douter.

237. Rapport de la Commission concernant Chypre . La Commission semble, à son propos, optimiste quant au secteur bancaire, puisqu'elle indique que « pour ce qui a trait à la libre prestation de services, des progrès satisfaisants sont à signaler sur le plan de l'harmonisation, notamment en ce qui concerne la législation sur les compagnies d'assurance et les banques, y compris les banques offshore » ⁴⁹⁵ . Quant au secteur financier, des progrès restent visiblement à faire, la Commission constatant que « le renforcement des capacités administratives doit continuer en ce qui concerne tout particulièrement les autorités de surveillance dans le domaine des services financiers. La libéralisation des mouvements de capitaux est en bonne voie pour que l'alignement soit entièrement réalisé au moment de l'adhésion. Bien que la capacité administrative de lutter contre le blanchiment de capitaux ait été encore renforcée par le biais du recrutement de personnel supplémentaire, Chypre ne doit pas relâcher ses efforts dans ce domaine » ⁴⁹⁶ . Chypre semblerait donc sur la voie de l'alignement par rapport à ce qui a cours sur le plan communautaire. Cela étant, la Commission ne semble pas envisager le cas des banques non agréées sur le territoire de l'Union européenne, exerçant avant l'entrée de Chypre dans l'Union... Il nous semble qu'il y ait là une faille.

238. Rapport de la Commission sur les progrès de l'île de Malte. La Commission est plus laconique concernant Malte, mais elle semble optimiste. C'est ce qui ressort de l'ensemble du rapport qui lui est consacré, puisqu'elle observe que « Malte a continué à progresser dans le domaine de la libre circulation des services et des capitaux, en particulier pour ce qui est des services financiers et de la protection des données, mais doit encore avancer dans l'alignement de sa législation en matière de droit d'établissement et de libre prestation de services » ⁴⁹⁷ . A la vérité, le constat semble contrasté quant aux activités étudiées. Le problème des établissements de crédit ou des prestataires d'investissement implantés sur Malte se posera dans les mêmes conditions que pour Chypre. A ceci près que de surcroît, des progrès restent à faire, et que la situation peut s'avérer délicate si par hasard le dispositif institutionnel de contrôle des secteurs bancaires et financiers n'était pas définitivement bouclé au 1er mai 2004.

239. Conclusion sur les carences. Leur importance ne doit pas être négligée. En

⁴⁹⁵ Voir *Ibidem*, page 43.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*. A ce jour, les autorités chypriotes ne sont pas pleinement à même de répondre aux exigences communautaires, malgré une position en demi-teinte de la Commission. Voir COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Rapport global de suivi des préparatifs menés par Chypre en vue de son adhésion, http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_2003/pdf/cmr_cy_final_fr.pdf, spécialement page 20.

⁴⁹⁷ *Op. cit.*, page 69. A ce jour, aucun progrès n'a été réalisé sur ce point. Voir COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Rapport global de suivi des préparatifs menés par Malte en vue de son adhésion, http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_2003/pdf/cmr_mt_final_fr.pdf.

effet, la question des activités non harmonisées peut demeurer résiduelle, mais elle se posera chaque fois qu'apparaîtra une activité ou une pratique nouvelle, que les textes français ou communautaires n'auraient pas prévu ni réglementé. Par ailleurs, l'élargissement est une volonté de l'Union européenne, et la question de l'intégration de pays à la législation plus souple que la législation française se posera sans doute à nouveau. Le contrôle de la Commission permet, certes, d'obtenir la garantie que les institutions mises en place sur le territoire des Etats impétrants seront aptes à contrôler les secteurs d'activités considérés dans cette étude. Mais il ne saurait annihiler le fait que la loi française se trouve parmi les législations les plus contraignantes, avec la législation belge. Dès lors, rien n'empêcherait de s'installer à Chypre ou Malte pour prester en France. On n'empêchera donc pas les délocalisations, si ce n'est que les implantations pourront subsister en France pour des raisons de comportement commercial de la clientèle.

240. Conclusion sur l'exercice de l'activité en France. Le prestataire de services ou l'établissement de crédit qui souhaiterait exercer en France devrait, en principe, se soumettre aux dispositions qui ont cours sur le territoire français, c'est-à-dire ensemble les dispositions françaises, communautaires et mondiales. En effet, toutes ces dispositions ont bien, territorialement, vocation à s'y appliquer. La conclusion paraît cependant simpliste, et il convient immédiatement de la tempérer de quatre façons, du fait des rapports complexes qu'entretiennent entre elles les normes intéressées. En premier lieu, le territoire national doit être entendu de deux manières différentes, en fonction de la branche du droit intéressée. En effet, il s'entend *lato sensu*, c'est-à-dire qu'il englobe tout le territoire métropolitain, les Départements d'Outre Mer et les Territoires d'Outre mer, dès lors qu'il s'agit d'appliquer les dispositions strictement françaises relatives aux monopoles bancaire et financier. En revanche, il s'entend *stricto sensu*, c'est-à-dire hors T.O.M., dès lors qu'il s'agit d'appliquer les dispositions relatives à la liberté d'établissement et de prestations de services issues du droit dérivé lorsqu'un opérateur désire exercer en France nanti de l'autorisation qui lui a été donnée par les autorités de l'Etat membre d'origine. En second lieu, l'interférence du droit communautaire conduit, par le moyen de la reconnaissance mutuelle des agréments, à ce que la loi interne d'un Etat membre autre que la France soit réputée satisfaire les exigences de la loi française, parce qu'elle est érigée en son équivalent. Dès lors, le respect des dispositions françaises, dans le cas d'un agrément délivré par les autorités d'un autre Etat membre, sera automatiquement assuré, tout au moins quant aux activités couvertes par l'agrément donné dans l'Etat d'origine. En troisième lieu, les territoires français et communautaires couverts par les monopoles laissent subsister des vides, qui, si l'on n'y prend pas garde, pourraient devenir autant de portes ouvertes sur notre marché, puisqu'il est question, pour certains d'entre eux, d'y permettre la liberté de prestations de services. En quatrième lieu, et dans la droite ligne de ce qui précède, le territoire communautaire est appelé à intégrer certains Etats dont les législations ont pendant longtemps été laxistes. Là encore, il conviendra de veiller à ne pas ouvrir notre marché à des intervenants que nous voudrions éviter. Partant, ces deux derniers points constituent un facteur éminemment limitatif du champ d'application des dispositions françaises plus contraignantes que d'autres législations interne. Cela pourrait même le réduire à la portion congrue.

Titre 2. Recherche d'une extraterritorialité des monopoles bancaires et financiers

241. Intérêt de la démarche. Pour aborder le présent thème, nous ne nous plaçons plus dans l'hypothèse d'une prestation effectuée en France par un prestataire agréé à l'étranger. L'hypothèse est inverse. En effet, il sera ici question d'une entreprise déjà implantée en France et agréée par les autorités françaises, et qui souhaite investir un marché étranger, quel que soit le procédé juridique permettant d'y parvenir⁴⁹⁸. Elle serait donc obligée de se plier à la législation de l'Etat de destination de la prestation. La question qui se pose est alors de savoir dans quelle mesure l'agrément dont l'entreprise est déjà titulaire peut s'imposer à l'Etat d'accueil, à l'instar de ce que nous avons montré à propos de la possibilité d'appliquer une loi étrangère en cas de prestations fournies en France. Plus précisément, la loi française, ou les dispositions communautaires, peuvent-elles régir l'activité proposée ou réalisée hors de la zone que nous venons de définir ? Pour quels motifs ? Peuvent-elles simplement influencer sur cette activité développée hors du champ d'application territoriale précédemment défini ? Pour répondre à ces interrogations, il sera nécessaire de raisonner en terme d'extraterritorialité des normes régissant les monopoles professionnels analysés. C'est ce que nous appellerons l'extraterritorialité des monopoles bancaires et financiers ou, indifféremment, la territorialité par prolongement. Pour mieux comprendre ce que recouvre ce terme, il y a lieu d'en proposer quelques définitions. C'est en effet une notion qui recouvre une réalité fort complexe.

242. Une notion compatible avec la territorialité des mêmes textes. On pourrait croire que les lois territoriales ne peuvent pas être extraterritoriales, et vice versa, parce que cela remettrait en cause toute idée de communauté internationale⁴⁹⁹. La doctrine avait pourtant déjà eu l'occasion de s'opposer à ce postulat depuis longtemps. En effet, PILLET affirmait déjà sa conviction selon laquelle une loi pouvait être tout à la fois territoriale et extraterritoriale⁵⁰⁰, mais jamais simultanément. Pour étayer son propos, cet auteur s'était interrogé sur les caractères de la loi dans l'ordre interne, à savoir sa continuité et sa généralité d'application. Par continuité, il entendait le fait que la loi s'applique sans défaillance aux personnes qu'elle vise, depuis sa promulgation jusqu'à

⁴⁹⁸ Nous entendons par là les succursales, les filiales, les bureaux de représentation, ainsi que la prestation de services dispensée sans qu'il soit besoin d'une quelconque forme d'implantation physique.

⁴⁹⁹ Voir FREYMOND (P.), Questions de droit bancaire international, *R.C.A.D.I.*, 1970, III, Vol. 131, pp. 1 à 74, spécialement pp. 69 à 70 ; GAUTIER (P.Y.), Sur la localisation de certaines infractions économiques, *R.C.D.I.P.*, 1989, pp. 669 à 678, spécialement page 673.

⁵⁰⁰ Voir en ce sens PILLET (A.), Théorie continentale des conflits de lois, *R.C.A.D.I.*, 1924, I, Vol. 2, pp. 447 à 484, spécialement page 467.

son abrogation. Par sa généralité d'application, l'auteur entendait qu'elle s'applique à toutes les personnes, sans distinction. Transposée à l'ordre international, la continuité s'appellerait, selon lui, l'extraterritorialité. Parallèlement, la généralité deviendrait la territorialité. Pour qu'une loi puisse à la fois être territoriale et extraterritoriale, d'après l'analyse faite par PILLET, il faudrait opérer selon la règle dite du « moindre sacrifice ». L'auteur l'énonce ainsi : « dans chaque cas de conflit, entre les deux solutions possibles, – territorialité et extraterritorialité, c'est nous qui précisons – il faut préférer celle qui sauvegarde le mieux l'autorité de la loi objet du conflit. [...] il est évident que tout sacrifice consenti sur l'autorité d'une loi entraîne une diminution du bienfait de cette loi ». Il nous semble que cette affirmation porte en elle-même ses limites. D'une part, l'auteur considérait que la loi pouvait être territoriale ou extraterritoriale, mais pas simultanément, puisqu'il fallait choisir ⁵⁰¹. D'autre part, son analyse partait du postulat que la loi était forcément bonne, par essence en quelque sorte... ce qui est aujourd'hui éminemment contestable, et condamné par la doctrine ⁵⁰². Est-ce donc à dire qu'une loi peut être tout à la fois d'application territoriale et recevoir application, ou produire des effets de manière extraterritoriale ? La doctrine moderne va en ce sens. Il convient de se reporter à la remarquable étude de M. Arnaud NUYTS, consacrée à l'application dans l'espace des lois de police. Cet auteur affirme, exemples à l'appui, puisés dans le droit de la distribution français et belge, cette double qualité concernant les lois – nous préférons dispositions – de police ⁵⁰³. Il fonde cette analyse en ce sens que les justifications de ce type de normes ont profondément évolué, ainsi que nous l'avons établi. Nous avons vu qu'elles ne procèdent plus seulement de la protection des intérêts de l'État ou de l'intérêt général : elles procèdent également de la protection d'intérêts catégoriels, ceux des parties dites faibles. Il est vrai que l'on peut comprendre que les dispositions de police soient territoriales lorsqu'elles sont justifiées par la sauvegarde de l'organisation étatique. Mais d'un autre côté, la protection des intérêts d'une partie faible conduit à appliquer à cette dernière la loi qu'elle connaît, par le truchement du principe de souveraineté au lieu et place du principe de proximité ⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ L'auteur l'affirme clairement : « il faut choisir – dit-il – et forcément dans chaque cas abandonner l'un des caractères de la loi pour s'attacher seulement à l'autre... ». *Ibidem*, page 489.

⁵⁰² Voir SERLOOTEN (P.), qui a une vision éminemment critique sur la cohérence et la construction des textes, in *Réflexions – sans en avoir l'air – sur l'art du juriste* (à propos du règlement d'une créance fiscale par un débiteur en redressement judiciaire), *D.* 2001, n° 23, pp. 1861 à 1862.

⁵⁰³ Voir NUYTS (A.), *L'application des lois de police dans l'espace* (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire), *R.C.D.I.P.*, 1999, pp. 31 et s, et pp. 245 et s, spécialement pp. 44 à 54 pour la territorialité, et pp. 54 à 62 pour leur application extraterritoriale. L'auteur s'intéresse plus particulièrement à l'applicabilité des lois de police aux faits localisés à l'étranger. Ceci, nous l'établirons au paragraphe suivant, est une forme d'extraterritorialité d'une norme, au sens privatiste du terme.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, page 31. Sur la dichotomie entre le principe de souveraineté et le principe de proximité, voir le très riche cours de M. le Professeur Paul LAGARDE, *Le principe de proximité en droit international privé contemporain – cours général de droit international privé*, *R.C.A.D.I.*, 1986, I, Vol. 196, pp. 9 à 238.

243. Définition de l'extraterritorialité – rejet de la conception de NIBOYET. Cet auteur affirmait que « le principe devrait être la territorialité, tandis que l'extraterritorialité ne saurait jamais être qu'une exception »⁵⁰⁵. Il entendait par extraterritorialité « l'application de la loi d'un pays étranger à un fait qui se produit en France, ou encore l'application à un fait qui se produit en pays étranger, de la loi d'un troisième pays »⁵⁰⁶. Il observait encore que l'extraterritorialité n'existe que sur le terrain de la création des droits⁵⁰⁷. A la vérité, il semble que sa conception soit quelque peu restrictive, puisqu'il la cantonne au statut personnel⁵⁰⁸. A notre sens, la notion d'extraterritorialité est, de beaucoup, plus large que cela, le statut personnel n'étant qu'une fraction des cas d'application extraterritoriale d'un texte. Les doctrines plus récentes achèveront de convaincre que la notion d'extraterritorialité est plus complexe que ne le laisse entendre l'analyse menée par NIBOYET.

244. Définitions de l'extraterritorialité – complexité de la notion. M. le Professeur Patrick JUILLARD, quant à lui, affirme que « de façon générale, il y a situation d'extraterritorialité dès lors qu'une loi interne sort ses effets juridiques en dehors des limites de la juridiction territoriale »⁵⁰⁹. Cette première approche, formulée en 1986, soulève de notre part deux observations. La première consistera à affirmer que les directives européennes peuvent également s'appliquer de façon extraterritoriale. Elles représentent en effet, elles aussi, un droit interne à l'espace économique intégré que constitue l'Union européenne⁵¹⁰. La deuxième remarque est qu'il faut préciser ce qu'il y a

⁵⁰⁵ Voir NIBOYET (J.P.), *Traité de droit international privé français*, T. VI, La territorialité, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1947, n° 1097.

⁵⁰⁶ Voir NIBOYET (J.P.), *Traité de droit international privé français*, T. V, La territorialité (fin), l'extraterritorialité, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1948, n° 1467, page 239.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

⁵⁰⁸ C'est-à-dire qu'il limite les hypothèses d'extraterritorialité à l'état et à la capacité des personnes, et l'allégeance des personnes morales. *Ibidem*, *Op. cit.*, page 240.

⁵⁰⁹ Voir JUILLARD (P.), L'application extraterritoriale de la loi économique, in « L'application extraterritoriale du droit économique, troisième journée d'actualité internationale, 23 avril 1986 », *Cahier du Centre de droit international de Nanterre (C.E.D.I.N.)*, n° 3, pp. 13 à 40, spécialement page 20. Dans le même sens, voir STERN (B.), Conclusions, même ouvrage, pp. 155 à 168, spécialement page 157, où cet auteur définit l'application extraterritoriale d'un texte comme la situation dans laquelle « *tout ou partie du processus d'application se déroule ou devrait se dérouler hors du territoire de l'Etat* ». Voir enfin, pour une définition, BELIARD (G.), RIQUIER (E.) et WANG (X.Y.), *Glossaire de Droit International Privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992, V^{is} « extraterritorialité – d'une loi ». Selon ces auteurs, Il s'agit d'un « *principe selon lequel une loi peut être amenée à régir des rapports de droits qui se situent en dehors du territoire qu'elle régit en principe* ».

⁵¹⁰ Voir STERN (B.), De simples « commentaires » à une « action commune » : la naissance d'une politique juridique communautaire en matière d'extraterritorialité, *Europe*, Février 1997, pp. 8 à 9 ; voir également l'observation faite en ce sens par M. le Professeur Bernard AUDIT, Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien, *R.C.D.I.P.*, 1983, pp. 401 à 434, spécialement page 401, note 1 ; voir également en ce sens STOUFFLET (J.), La compétence extraterritoriale du droit de la concurrence de la Communauté économique européenne, *Clunet*, 1971, pp. 487 à 500.

lieu d'entendre par « sortir ses effets juridiques ». Ce n'est là qu'une première approche. En effet, cette notion est plus complexe. Jean-Michel JACQUET l'avait déjà annoncé, puisqu'il observe que « la notion même de norme juridique extraterritoriale est d'une redoutable imprécision »⁵¹¹. Par ailleurs, un certain nombre de distinctions doivent être effectuées, ainsi que le relevait Mme le Professeur Brigitte STERN⁵¹². D'une part, il faut différencier les visions privatiste et publiciste du concept. D'autre part, il y a également lieu de distinguer, selon elle, l'application extraterritoriale de l'effet extraterritorial. Enfin, une dernière nuance doit être faite, entre l'extraterritorialité directe et l'extraterritorialité indirecte. Ces distinctions, que nous allons reprendre, nous permettront de mieux cibler notre analyse, pour la centrer sur les facettes de l'extraterritorialité susceptibles d'intéresser notre recherche de l'application à l'étranger des normes françaises et communautaires régissant les monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement.

245. Définitions de l'extraterritorialité – complexité de la notion – visions privatiste et publiciste. Pour compléter cette approche, il est intéressant de se référer à l'analyse de la norme extraterritoriale menée par M. le Professeur Jean-Michel JACQUET. Par rapport à l'analyse de M. JUILLARD, il ajoute que la question de l'extraterritorialité s'analyse aussi bien sur le plan du droit international public que du droit international privé. Dans la première hypothèse, la question est formulée comme suit : « un Etat a-t-il le pouvoir d'étendre l'effet des normes qu'il édicte au territoire d'autres Etats ? ». Dans la seconde, la question deviendra celle de savoir si « la loi d'un Etat peut être déclarée applicable sur le territoire d'un autre Etat »⁵¹³. Les problèmes posés ne seront pas les mêmes, et les réponses fournies non plus. La vision publiciste conduit en effet à répondre à des problèmes de droit des gens, à des questions de pouvoir, alors que la vision privatiste s'attache davantage à résoudre des problèmes de conflits de lois. En d'autres termes, la vision publiciste vise à déterminer si tel Etat, pris en tant que sujet de droit international, est en droit d'imposer l'application de sa loi hors de son territoire. Partant, elle ne vise pas directement à répondre à la question de savoir si tel opérateur, qui désire s'implanter à l'étranger, devra respecter la loi de l'Etat d'origine pour effectuer son implantation, ou au contraire celle de l'Etat de destination. Nous opterons donc plutôt pour une optique de droit international privé, la question de savoir si un Etat est en droit, au regard du jus gentium, d'appliquer sa loi hors de son territoire et contre la volonté d'un autre Etat nous éloignerait trop de notre sujet.

⁵¹¹ Voir JACQUET (J.M.), La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international, *Clunet*, 1985, pp. 327 à 405, spécialement page 329, et pour une recherche de cette définition, pp. 329 à 365. Voir également MAVROIDIS (P.C.) et NEVEN (D.J.), Some reflections on extraterritoriality in international economic law : a law and economics analysis, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 1297 à 1325.

⁵¹² Voir STERN (B.), Conclusions, colloque du C.E.D.I.N. précité, pp. 156 à 159. Voir également STERN (B.), L'extraterritorialité revisitée – Où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres..., *A.F.D.I.*, 1992, Vol. XXXVIII, pp. 239 à 313, spécialement pp. 242 à 250.

⁵¹³ Voir JACQUET (J.M.), *Op. cit.*, spécialement page 327. Dans le même sens, voir également STERN (B.), Conclusions... précité, page 157.

246. Définitions de l'extraterritorialité – complexité de la notion – distinction entre application extraterritoriale et effet extraterritorial. Mme le Professeur Brigitte STERN précise qu'il convient de distinguer la question de l'application extraterritoriale de celle de l'effet extraterritorial d'un texte. Selon elle, la question de l'effet extraterritorial concerne la compétence d'un Etat à donner effet, sur son territoire, à une norme extraterritoriale. L'application extraterritoriale concerne, au contraire, l'application par l'Etat d'origine, de sa norme dans un Etat d'accueil⁵¹⁴. Elle ajoute que l'effet extraterritorial concerne la compétence de l'Etat d'accueil de la norme par rapport à la norme de l'Etat d'origine, alors que l'application extraterritoriale concerne la compétence de l'Etat d'origine de la norme à faire exécuter des actes ou à prendre en compte des faits se passant sur le territoire de l'Etat d'accueil. M. le Professeur Jean-Michel JACQUET explicite très bien cette dichotomie⁵¹⁵. Il s'appuie sur le fait qu'une norme peut être extraterritoriale par son contenu, mais également, et pas forcément simultanément, par son application. Mais il ajoute aussitôt que ces conceptions sont dépassées⁵¹⁶, car ces distinctions, même si elles sont utiles, sont insuffisantes et qu'il est préférable de définir la norme extraterritoriale en fonction du critère de l'effet. Selon lui, « la norme extraterritoriale sera celle qui tend à développer certains effets au delà du territoire de l'Etat qui l'a émise, c'est-à-dire à l'intérieur des territoires des Etats étrangers »⁵¹⁷. S'attachant à une analyse concrète de la question, il précise immédiatement que « deux circonstances sont de nature à faire considérer une norme comme extraterritoriale. La première tient à la volonté manifestée par l'auteur de la norme [...]. La seconde tient à la réalité de l'effet sans considération de la volonté de son auteur ». Cette dernière formulation a été reprise par la suite, et il convient d'en expliquer l'importance.

247. Définitions de l'extraterritorialité – complexité de la notion – extraterritorialité directe et indirecte. A la suite des travaux précités de M. le Professeur JACQUET, M. le Professeur JUILLARD distingue l'extraterritorialité pure et l'extraterritorialité impure, autrement appelées respectivement l'extraterritorialité directe et l'extraterritorialité indirecte. Selon lui, dans les situations d'extraterritorialité directe, ou pure, « la loi nationale se donne, d'après ses propres termes, une portée extraterritoriale »⁵¹⁸. Dans les situations d'extraterritorialité indirecte, ou impure, « la loi ne se donne pas de façon évidente une portée extraterritoriale, mais sa portée extraterritoriale peut être élargie par des principes extensifs d'application, qui feront qu'elle produira ses effets hors de son champ d'application territorial »⁵¹⁹. Cette distinction mérite quelques explications,

⁵¹⁴ Voir STERN (B.), *Op. cit.*, page 158.

⁵¹⁵ Voir JACQUET (J.M.), La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international, *Clunet*, 1985, pp. 327 à 405, spécialement pp. 329 à 337.

⁵¹⁶ Voir JACQUET (J.M.), *op. et loc. cit.*.

⁵¹⁷ *Ibidem*, *Op. cit.*, page 347.

⁵¹⁸ JUILLARD (P.), *Op. cit.*, page 21.

⁵¹⁹ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

notamment quant à ce qu'il faut entendre par principes extensifs. S'agit-il de normes supranationales ? S'agit-il de la jurisprudence ? D'une coutume ? Si l'on relit les réflexions de M. JUILLARD, l'on s'aperçoit qu'il assimile à l'extraterritorialité indirecte tous les cas, sans exception, dans lesquels la loi ne fixe pas de manière expresse sa portée extraterritoriale⁵²⁰. C'est-à-dire, donc, lorsqu'il est recouru à une norme supranationale ou à la jurisprudence⁵²¹.

248. Pertinence de la relation entre le caractère direct et indirect de l'extraterritorialité d'un texte et le caractère exprès de son application territoriale. Pourrait-il être judicieux de relier le caractère exprès d'un texte quant à son application dans l'espace et la nature de son application hors de cet espace ? A priori, pour que l'extraterritorialité soit dite directe, encore faut-il un texte exprès quant à sa portée spatiale, et à tout le moins extraterritoriale. Dans le cas où un texte est muet sur son application géographique, son application hors des frontières pourrait alors ne dépendre que d'éléments autres que la loi elle-même, c'est-à-dire la jurisprudence, une norme externe, une pratique : ce qui nous place inévitablement dans l'hypothèse d'extraterritorialité indirecte⁵²². L'on pourrait être tenté d'affirmer que compte tenu de nos analyses quant à la territorialité des dispositions françaises relatives aux monopoles étudiés, l'hypothèse de l'extraterritorialité directe ne se présentera pas, en principe, car il n'y a, a priori, aucune raison pour que les lois en question, muettes sur leur portée territoriale, ne le soient pas également sur leur portée extraterritoriale. Nous tenterons de vérifier la pertinence de ce postulat. En revanche, si l'on respecte cette optique, l'extraterritorialité directe pourrait éventuellement se concevoir, nous le vérifierons, pour les dispositions communautaires, dont nous avons vu qu'elles sont expresses sur leur application territoriale. Dans l'hypothèse de l'extraterritorialité indirecte, l'on pourrait songer immédiatement à inclure les dispositions françaises, lesquelles vont recevoir application à l'extérieur de ses frontières, du fait des accords passés avec certains Etats, ou encore à l'intérieur de l'Espace Economique européen du seul fait de l'agrément unique. Nous vérifierons également la pertinence de cette hypothèse. Nous montrerons que tous ces postulats doivent être nuancés, du fait de l'influence des dispositions du droit communautaire sur le droit français applicable aux monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement.

249. Plan. Notre réflexion partira de cette relation à instaurer entre le caractère exprès d'un texte et le caractère direct de son extraterritorialité. Compte tenu de nos

⁵²⁰ *Ibidem*, op. et loc. cit..

⁵²¹ *Ibidem*, Op. cit., page 22.

⁵²² Mme le Professeur Isabelle BARRIERE BROUSSE parle d'extraterritorialité voulue et non voulue, dans la droite ligne des écrits de Jean-Michel JACQUET. Voir BARRIERE-BROUSSE (I.), Guerre commerciale et mondialisation : le cas des lois extraterritoriales, *D. & P.*, n° 82, mai 2000, pp. 38 à 50. Nous observerons que ces deux types d'extraterritorialité ne se recoupent pas : il est possible que l'extraterritorialité d'une norme soit à la fois indirecte et voulue. L'exemple le plus marquant est le choix d'une loi par les parties à un contrat, laquelle loi serait différente de celle qui résulterait de l'interprétation des clauses du contrat en l'absence de choix exprès. Mme BARRIERE-BROUSSE fait sans doute allusion à l'extraterritorialité voulue *par l'auteur de la norme*, à l'instar de Jean-Michel JACQUET.

précédentes analyses quant à l'application territoriale des textes français et communautaires relatifs aux monopoles bancaire et financier, la distinction entre extraterritorialité directe et indirecte peut être intéressante. Mais cette distinction n'est pas purement théorique : elle met en évidence des principes de fonctionnement propres à chaque type d'extraterritorialité ou de territorialité par prolongement. Par voie de conséquence, les problèmes posés par l'extraterritorialité directe ne sont pas identiques à ceux soulevés par l'extraterritorialité indirecte. Partant, les remèdes envisageables ne seront pas les mêmes. Il conviendra donc de vérifier si les dispositions de police étudiées jusqu'à présent peuvent être déclarées applicables, ou encore produire des effets hors du champ territorial analysé en titre premier, et ce, que ce soit directement (chapitre 1^{er}), ou indirectement (chapitre 2).

Chapitre 1. L'extraterritorialité directe des monopoles bancaire et financier.

250. Intérêt de la démarche. Le fait que les lois françaises étudiées soient des dispositions de police conduit les auteurs à les ranger dans la catégorie des lois d'application territoriale, ce qui est, selon nous, exact, ainsi que nous l'avons démontré par ailleurs⁵²³. Mais est-ce à dire que ces lois ne se sont données aucune vocation à régir des faits localisés à l'étranger, c'est-à-dire à l'extérieur du territoire sur lequel elles sont censées s'appliquer, et plus précisément à l'intérieur du territoire français tel que défini en première sous partie ? Nous ne le pensons pas. Les intérêts en jeu sont très importants. Il en va de la protection des intérêts, voire du fonctionnement de l'Etat français, puisque l'activité bancaire intéresse la plupart des agrégats de la macroéconomie d'une part ; et de la protection des consommateurs pour assurer une bonne consommation d'autre part. L'Etat français peut donc souhaiter que les textes français s'appliquent à l'étranger. Surtout, les textes en question ont tellement évolué depuis leur rédaction originelle que la question ne se pose plus aujourd'hui dans les mêmes termes qu'ils se seraient posés quelques années plus tôt. Pareillement, l'Union européenne, qui est en sempiternelle évolution, a la volonté de s'affirmer avec une force accrue tant à l'égard des Etats membres eux-mêmes qu'à l'échelle internationale⁵²⁴. De ce fait, l'Union peut souhaiter appliquer ses textes hors du territoire qu'elle leur a assigné a priori. Cette volonté pourra avoir des conséquences sur le territoire dans lequel les monopoles sus évoqués seront susceptibles de s'appliquer.

251. Types de normes visés. Selon nous, et conformément à la définition avancée par M. JUILLARD, l'extraterritorialité directe peut tout aussi bien viser, en théorie, les dispositions nationales que les dispositions communautaires. Cependant, nous nous sommes également interrogés sur le fait que le caractère tacite d'un texte quant à son application territoriale pourrait éventuellement impliquer que ledit texte soit également muet sur ses possibilités d'application hors de sa zone géographique d'efficacité. Il

⁵²³ Voir nos développements *supra* n° 81 à 85.

⁵²⁴ Voir en ce sens PELLET (A.), *Op. cit.*, pp. 204 à 206.

conviendra de vérifier que les normes françaises sont bien expresses quant à leur application extraterritoriale, tout comme elles le sont devenues – elles ne l'étaient pas à l'origine – sur leur application spatiale. Il conviendra également de vérifier que les dispositions communautaires, expresses quant à leur portée spatiale, le sont également s'agissant de leur application extraterritoriale. Or, sur ces questions, nous établirons l'existence d'un curieux paradoxe.

252. Présentation du paradoxe. Nous avons vu que les secteurs bancaire et financier étaient des secteurs d'activités pour lesquels les justifications des réglementations procèdent de la satisfaction de l'intérêt général et de la protection d'une partie faible⁵²⁵. Dès lors, il peut être concevable qu'un Etat, ou un Espace économique intégré, dans cette volonté de protection, soit conduit à vouloir appliquer, de son propre chef, les dispositions de sa loi à l'extérieur de ses frontières. Or, il faut rappeler que les dispositions françaises sont devenues expresses sur une partie de leur application territoriale, alors qu'elles étaient muettes ab initio. Elles pourraient donc être également muettes sur leur portée extraterritoriale. Or, il s'avère que curieusement, il n'en est rien, ainsi que nous allons l'établir. En revanche, les dispositions communautaires, bien qu'expresses quant à leur application territoriale, ne le sont plus systématiquement quant à leur application extraterritoriale. C'est ce que nous allons démontrer en traitant d'abord de l'extraterritorialité directe des dispositions françaises relatives aux monopoles bancaires et financiers, et ensuite de l'absence d'extraterritorialité directe des dispositions communautaires régissant ces questions.

253. Types de situations concernés. Concrètement, ces développements ont pour dessein de répondre à certains types de situations. La banque ou le prestataire de services d'investissement, qui souhaite exercer son activité à l'étranger, nanti de l'agrément qu'il a reçu des autorités françaises de tutelle, pourra-t-il développer toutes les activités pour lesquelles ces autorités l'ont agréé, y compris celles qui ne seraient pas reconnues comme étant des activités bancaires ou des services d'investissement par l'Etat d'accueil ? Plus concrètement, un établissement de crédit français peut-il effectuer des opérations de banques (réception de fonds du public, par exemple) aux Etats-Unis ? Dans l'affirmative, les dispositions françaises s'exporteraient effectivement. Cela ne serait pas le cas s'il devait se cantonner à exercer les seules activités reconnues par l'Etat d'accueil. En toute hypothèse, l'effectivité de la reconnaissance mutuelle pourra être la pierre angulaire de notre réflexion.

254. Plan. Pour vérifier que nos textes, français et communautaires, ont vocation à sortir de leur champ d'application territoriale du fait de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des agréments et des activités, et ce de manière directe, nous effectuerons une mesure de l'extraterritorialité directe des monopoles bancaires et financiers. Nous établirons que lesdites dispositions peuvent s'appliquer alors que le banquier ou le prestataire désire prêter sur le territoire d'un Etat membre distinct de celui de son siège social, fort de son agrément français, doublé de la reconnaissance mutuelle communautaire. Ce développement sera l'occasion de relever que cette extraterritorialité directe peut poser d'épineuses difficultés. Celles-ci peuvent plonger le prestataire désirant

⁵²⁵ Voir *supra* n° 77 à 80.

exercer à l'étranger dans un certain désarroi et ont pour cause l'insécurité juridique quant aux règles qu'il devra respecter pour s'implanter ou pour prester. En effet, si application extraterritoriale il doit y avoir, elle se fera, éventuellement, à l'encontre de la loi de l'Etat d'accueil. Dans cette optique, il nous faudra montrer les problèmes posés par l'extraterritorialité directe, étant entendu que nous tenterons de faire la synthèse des solutions imaginées ou imaginables pour porter remède à ces difficultés.

Section 1. L'extraterritorialité directe des dispositions françaises

255. Problématique. Il conviendra d'analyser quels textes français applicables aux monopoles étudiés peuvent être concernés par l'extraterritorialité directe. A priori, les textes français originels ne précisant rien quant à leur application territoriale, il devrait en être de même quant à leur application extraterritoriale. Nous verrons qu'il convient d'être nuancé, car, là encore, il faut tenir compte des phénomènes d'acculturation que nous avons précédemment mis en exergue. En effet, tant la loi bancaire que la loi M.A.F. ont évolué sur ce point pour au moins deux raisons. D'abord, le phénomène de transposition des directives a conduit le législateur français à revoir sa copie. Ensuite, la signature de certains accords liant l'Union européenne ne doit pas être négligée, surtout lorsqu'elle aboutit – comme c'est le cas, en l'espèce, du Traité instituant l'Espace Economique Européen – à l'intégration en droit interne de certaines conséquences desdits accords. Cette double acculturation, nous l'avons montré ⁵²⁶, a donné une forme de caractère exprès à l'extraterritorialité, devenant alors directe, des textes français. Auparavant, il faudra étudier les raisons pour lesquelles des dispositions de police, qui s'appliquent par essence sur un territoire, d'après l'article 3 alinéa 1 du code civil français, peuvent s'appliquer hors de ce territoire, et ce de manière directe, c'est-à-dire expresse.

§ - 1 Les justifications de l'extraterritorialité directe des monopoles bancaires et financiers français

256. Les deux hypothèses. Mme le Professeur Brigitte STERN a observé que l'acception privatiste de l'application extraterritoriale d'un texte peut recouvrir deux hypothèses. La première consiste, par le jeu de la théorie des conflits de lois, en l'application d'un texte local par un Tribunal étranger. L'autre consiste en la mise en œuvre de sa propre législation par les autorités d'un Etat ou d'un Espace économique intégré, laquelle impliquerait l'exécution d'actes à l'extérieur du territoire. Dès lors, si l'on s'interroge sur les mobiles qui conduisent à l'application des dispositions de police française en territoire étranger, il faut admettre qu'ils vont différer selon que les autorités chargées d'appliquer lesdites lois seront françaises ou étrangères. Dans le premier cas, la loi va en principe lier le juge chargé de statuer sur un litige, sachant qu'il s'agit d'une disposition de police. Cela ne voudra pas dire qu'il ne peut avoir aucun pouvoir souverain d'appréciation. Dans le second cas, en revanche, le juge ou l'autorité étrangère devrait recevoir la législation étrangère comme un fait. Ceci étant, dans un cas comme dans l'autre, le juge pourra être lié par une norme qui s'imposera à lui. Et c'est très exactement le cas en l'espèce, puisque les dispositions communautaires contiennent toutes les

⁵²⁶ Voir *supra* n° 193.

justifications permettant d'expliquer une partie importante de l'extraterritorialité directe de la législation française. Par ailleurs, ce même droit communautaire a connu des évolutions notables, pour tenir compte du progrès technique, et notamment de la possibilité qu'ont les opérateurs des professions bancaires et financières de prester à distance par la voie du commerce électronique. Pour tenir compte du besoin de fluidité des transactions faites par e-commerce, les textes adoptés n'ont pas tout à fait la même architecture que ceux qui régissent les modes classiques de distribution des services bancaires et financiers. Dès lors, l'on peut affirmer que le mode de distribution du prestataire peut avoir une influence particulière sur les mobiles de l'application extraterritoriale des dispositions françaises. Enfin, ces mobiles, pour être pleinement efficaces, doivent être acceptés par le droit international, et notamment au regard de l'A.G.C.S. Nous vérifierons que tel est bien le cas.

A) Les mobiles sont issus des dispositions communautaires

257. Distinction. Nous verrons successivement le cas des dispositions relatives aux monopoles bancaires, pour aborder ensuite celles relatives aux monopoles financiers. Bien que les mobiles puissent être rapprochés, les méthodes employées ne sont pas identiques, car le contexte d'élaboration du marché financier unifié était quelque peu différent de celui du marché bancaire unique.

1) Les mobiles relatifs à l'extraterritorialité directe des monopoles bancaires français.

258. Problématique. Nous opérerons une distinction selon que l'application par les juges français des dispositions françaises se fera à l'intérieur de l'Union européenne ou en dehors de cette zone. Les mobiles de l'extraterritorialité directe, nous le montrerons, doivent être clairement distingués. En effet, à l'intérieur de l'Union, la contagion exercée par le droit de l'Union européenne est un phénomène inéluctable. Elle ne présente plus qu'un caractère accidentel hors de cette zone.

a Application dans l'Union européenne.

259. Présentation des mobiles et des méthodes. Les dispositions françaises instituant les monopoles bancaires trouvent à s'appliquer à l'intérieur des frontières de l'Union européenne parce qu'elles le prévoient de manière expresse. En effet, il est prévu, à l'intérieur même de la loi bancaire remaniée, un certain nombre de dispositions concernant les activités bancaires européennes, dispositions dont nous aborderons l'étude plus approfondie ultérieurement. Pour l'instant, nous nous intéressons aux mobiles qui conduisent à cette application hors des frontières nationales. Pour bien les comprendre, il faut revenir aux motivations qui ont présidé à la création du marché unique bancaire. Et ces motivations ont varié au fil du temps, au fur et à mesure que s'affirmait la volonté de créer un marché bancaire unifié, c'est-à-dire un espace à l'intérieur duquel les prestations de services bancaires pourront être librement effectuées d'une part, et dans lequel les opérateurs des secteurs d'activité en cause pourront s'implanter sans entrave d'autre part. Les méthodes suivies pour ce faire n'ont pas été toujours les mêmes. Si la

phase antérieure à la création de ce marché a consisté en une lente et délicate tentative d'uniformisation législative, cette méthode a pris fin avec le « livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur » publié par la Commission européenne en 1985⁵²⁷, lequel prévoyait la mise en place du marché unique. En effet, certains points d'achoppement subsistaient, qui rendaient impossible l'aboutissement de cette démarche uniformisatrice⁵²⁸. Dès lors, la mise en place du marché unique a été guidée par une volonté d'harmonisation minimale. Cette seconde méthode a été plus fructueuse que la première. La liberté d'établissement et celle de prestations de services sont dues, pour le secteur bancaire, à la directive du 15 décembre 1989⁵²⁹ et ont été effectives dès le 1^{er} janvier 1993. C'est-à-dire à la date retenue par l'acte unique européen des 17 et 28 février 1986⁵³⁰, qui a prévu l'espace financier européen unique, dans lequel s'insère le marché unique bancaire. Pour être effectives, ces libertés ont supposé que soient reconnus trois éléments complémentaires, mais bien distincts⁵³¹ : la reconnaissance mutuelle des agréments, le passeport européen et le home country control⁵³². Nous avons déjà insisté sur les travers résultant de cette démarche, notamment quant à la persistance de législations in mitius, favorisant d'éventuelles délocalisations⁵³³, nous n'y reviendrons donc pas. Nous reprendrons successivement ces trois éléments, pour montrer comment ils constituent, ensemble, les mobiles d'une forme d'application en terre étrangère de la loi française, par les juges français.

260. Examen des mobiles – reconnaissance mutuelle des agréments. Le but de ce concept, est, rappelons-le, que l'agrément délivré par les autorités d'un Etat membre doit être reconnu comme équivalent à celui délivré par les autorités des autres Etats membres de l'Union. M. le Professeur Dominique CARREAU précise d'ailleurs que « la

⁵²⁷ Voir le document COM. (85), 310.

⁵²⁸ Voir sur ce point GAVALDA (C.), *Rep. Dalloz Communautaire*, V^o Banque, spécialement n° 1 à 11.

⁵²⁹ Voir la directive 89/646/CEE du Conseil, 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, J.O.C.E. n° L.389, 30 décembre 1989 ; voir DESCHANEL (J.P.), et STOUFFLET (J.), Vers un statut bancaire européen, *Banque et Droit*, n° 17, 1991, pp. 83 à 98.

⁵³⁰ Voir J.O.C.E. n° L.169/4, 29 juin 1987.

⁵³¹ Sur cette distinction, voir CARREAU (D.), *Jurisl. Europe*, Fasc. 1020, Banques – Introduction, Portée *ratione personae* du droit bancaire communautaire, Accès à l'activité bancaire, n° 17.

⁵³² Sur cette construction et sur les choix méthodologiques employés lors de la construction du marché bancaire, voir GAVALDA (C.), *Rep. Dalloz Int.*, V^{is} Banque et établissement financier, *Rep. Dalloz Communautaire*, V^o Banque. Voir également BONNEAU (Th.), *Dict. Joly Communautaire*, V^o Banque, n° 4 ; CARREAU (D.), *Jurisl. Europe*, Fasc. 1020, spécialement n° 10 à 13 pour la méthode de coordination des législations nationales, et 14 à 18 pour la méthode de l'harmonisation minimale ; voir également pour cette construction GOLDMAN (B.), LYON-CAEN (A.), VOGEL (L.), *Droit commercial européen*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1994, spécialement pp. 297 à 307, n° 394 à 409.

⁵³³ Voir *supra* n°226.

reconnaissance mutuelle signifie que chaque Etat membre accepte de reconnaître comme équivalente, et donc de donner effet à la fois à la réglementation bancaire des autres pays... »⁵³⁴ C'est d'ailleurs ce qui ressort de la directive bancaire en son état actuel. En effet, le 7^{ème} considérant indique que : « La démarche retenue consiste en la réalisation de l'harmonisation essentielle, nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel, qui permette l'octroi d'un agrément unique valable dans toute la Communauté et l'application du principe du contrôle par l'Etat membre d'origine ». Le 14^{ème} considérant ajoute : « l'approche retenue consiste, grâce à la reconnaissance mutuelle, à permettre aux établissements de crédit agréés dans un Etat membre d'origine d'exercer, dans toute la Communauté, tout ou partie des activités figurant dans la liste de l'annexe I, par l'établissement d'une succursale, ou par voie de prestation de services ». Cela implique que l'agrément français est réputé être équivalent⁵³⁵ à celui octroyé par tout autre Etat membre de l'Union. Concernant les établissements de monnaie électronique, la directive qui leur est consacrée prévoit en son 4^{ème} considérant que : « L'approche retenue est propre à réaliser uniquement l'harmonisation fondamentale nécessaire et suffisante pour garantir la reconnaissance mutuelle de l'agrément et de la surveillance prudentielle des établissements de monnaie électronique, permettant l'octroi d'un agrément unique, reconnu dans toute la Communauté et conçu dans le souci d'assurer la confiance des porteurs et l'application du principe de la surveillance prudentielle par l'Etat membre d'origine ». L'intérêt de cette observation ne se manifesterait que lors de la transposition de cette directive : il est probable que les dispositions françaises relatives à ces établissements soient de la même nature que celles que nous avons étudiées concernant les établissements de crédit classiques, et qu'elles fixent expressément leur champ d'application extraterritoriale. De façon plus générale, la directive sur le commerce électronique, dont nous verrons qu'elle n'est pas dénuée de conséquences sur l'extraterritorialité directe des monopoles bancaires, est également fondée sur ce principe de reconnaissance mutuelle⁵³⁶, comme en atteste son article 3.

261. Examen des mobiles – passeport européen ou licence bancaire unique.

Cette notion, conséquence de la précédente, fait référence au fait que non seulement l'agrément délivré par l'Etat d'origine est considéré comme étant équivalent à celui délivré sur le territoire d'un autre Etat membre dit Etat d'accueil, mais que de plus il y est parfaitement valable et suffit à rendre possible sur ce territoire l'exercice des activités bancaires. Et ce aussi bien par la voie de la liberté d'établissement que par celle de la libre prestation de services, sans qu'aucune autorisation complémentaire ne soit exigée de la part des autorités du pays d'accueil⁵³⁷. Ainsi, l'article 18 de la directive bancaire

⁵³⁴ Voir CARREAU (D.), *Juriscl. Europe*, Fasc. 1020, précité n° 17.

⁵³⁵ Voir pour une référence à l'équivalence des réglementations nationales GOLDMAN (B.), LYON-CAEN (A.), VOGEL (L.), *Op. cit.*, n° 409. C'est en cela que la simple reconnaissance mutuelle ne suffit pas à lui conférer force obligatoire hors de France. Il faut, en plus, le passeport européen, c'est-à-dire que le droit de se prévaloir de cet agrément hors de France doit être reconnu.

⁵³⁶ Voir en ce sens ROLIN JACQUEMYS (L.) et VAN HUFFEL (M.), L'impact de la directive commerce électronique sur la réglementation européenne des services financiers, *Euredia*, 2001-2002/1, pp. 45 à 123, spécialement page 51.

dispose que : « Les États membres prévoient que les activités dont la liste figure à l'annexe I peuvent être exercées sur leur territoire, selon les dispositions de l'article 20, paragraphes 1 à 6, de l'article 21, paragraphes 1 et 2, et de l'article 22 tant au moyen de l'établissement d'une succursale que par voie de prestation de services par tout établissement de crédit agréé et contrôlé par les autorités compétentes d'un autre État membre, sous réserve que ces activités soient couvertes par l'agrément ». Nous distinguons donc la reconnaissance mutuelle du passeport européen, en ce sens que le second est la conséquence de la première. C'est en tout cas ce que nous relevons à la lecture de la directive bancaire, d'après les dispositions rapportées. En effet, si l'on reprend les termes du 4^{ème} considérant, l'on s'aperçoit que la reconnaissance mutuelle porte sur les agréments et les moyens de contrôle, est qu'elle est la cause du droit d'exercer que constitue le passeport européen.

262. Examen des mobiles – home country control .Cette technique procède du fait qu'il revient aux autorités des Etats membres d'origine de contrôler l'activité des banquiers et prestataires établis à travers tout le territoire de l'Union européenne⁵³⁸ . Ainsi, les autorités françaises ont seules la compétence pour contrôler l'activité déployée à travers l'Union européenne par les établissements de crédit « autorisés » situés – nous verrons en seconde partie comment opérer cette situation – en France⁵³⁹ . Il est important de remarquer que les établissements de crédit implantés en France devront, s'ils veulent s'implanter ou prêter au sein de l'Union européenne, respecter en France les procédures qui permettront au C.E.C.E.I. d'informer les autorités de l'Etat d'accueil⁵⁴⁰ . Mais ce principe a également pour corollaire que les autorités de l'Etat d'origine – nous verrons qu'il s'agit de celles de l'Etat du lieu du siège social de l'établissement de crédit – doivent exercer un contrôle effectif sur les activités développées à l'étranger⁵⁴¹ .

263. Rôle capital de l'obligation de transposer. La conjonction du home country control et de la reconnaissance mutuelle, sauf à soulever l'exception de l'intérêt général, a pour double vocation de servir l'intérêt général et la protection des consommateurs⁵⁴² . La mise en œuvre de ces trois principes, on le rappelle, aboutit à ce que l'établissement de crédit qui souhaite s'implanter sur le territoire des Etats membres pourra le faire nanti de sa seule autorisation du Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'investissements. Il n'aura qu'à respecter les exigences de la loi française pour ce faire. Il s'agit bel et bien d'une extraterritorialité directe⁵⁴³ . En effet, ces trois principes ont été

⁵³⁷ Voir en ce sens CARREAU (D.), *Jurisl. Europe*, Fasc. 1020, *op. et loc. cit.*.

⁵³⁸ Voir en ce sens CARREAU (D.), *Op. cit.*, fasc. 1020 précité, spécialement n° 17.

⁵³⁹ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

⁵⁴⁰ Voir en ce sens RIVES-LANGE (J.L.) et CONTAMINE-RAYNAUD (M.), *Droit bancaire*, Précis, 6^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1995, page 110, n° 131.

⁵⁴¹ Voir GAVALDA (C.) et PARLEANI (G.), *Droit des Affaires de l'Union européenne*, Litec, 3^{ème} éd., Paris, 1999, n° 350.

⁵⁴² Voir en ce sens GAVALDA (C.) et PARLEANI (G.), *Op. cit.*, n° 383.

transposés en droit interne, ainsi qu'en attestent les articles L.511-21 à L.511-28 du code monétaire et financier. Dès lors, c'est de manière expresse que le droit français y fait référence, tant concernant les établissements de crédit que les prestataires de services d'investissement. Nous pouvons rappeler à cet égard une observation : relativement à l'application extraterritoriale directe des monopoles français, elle est apparue par le phénomène d'acculturation du droit français par les dispositions communautaires, tout comme cela est le cas quant à leur application territoriale. A défaut d'une telle intervention du droit communautaire, et selon toute vraisemblance, l'extraterritorialité des dispositions françaises n'aurait jamais été directe⁵⁴⁴.

b Application hors Union européenne.

264. Elargissement à l'Espace Economique Européen. Les articles L.511-21 à L.511-28 du code monétaire et financier font expressément référence à l'Espace Economique Européen. Nous établirons quelle zone cela couvre. Pour l'heure, il faut comprendre pourquoi la loi française est conduite à s'appliquer hors de l'Union européenne. Il faut, à cet égard, rappeler que l'Union européenne et l'Union économique et monétaire (U.E.M.), sont issues du Traité de Maastricht, qui créa le Système Européen des Banques Centrales, la Banque Centrale Européenne (le S.E.B.C. et la B.C.E.) et l'euro. Ce marché unique bancaire a été étendu, par la signature des Accords de Porto, le 2 mai 1992, ce traité étant entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, aux Etats membres de l'Association Européenne de Libre Echange. Cet accord vise à établir un Espace Economique Européen homogène, fondé sur des règles communes et des conditions de concurrence égales. Il en résulte que les principes de libre circulation des personnes, des marchandises, des capitaux et des services sont étendus aux pays de l'A.E.L.E. La directive bancaire est comprise dans la liste énumérée à l'annexe IX⁵⁴⁵ à l'accord sur l'E.E.E., et est ainsi rendue applicable aux Etats membres de l'A.E.L.E. parties à cet accord⁵⁴⁶. Cela signifie que la reconnaissance mutuelle des agréments, le home country control et le passeport européen ont vocation à recevoir application dans cette zone. De sorte que par ce traité, les établissements de crédit relevant des Etats membres de

⁵⁴³ Cette notion ne doit pas être confondue avec celle de loi personnelle qui suivrait le banquier ou le prestataire au gré de ses implantations. En effet, c'est l'existence d'un premier agrément consenti par les autorités d'un Etat membre qui, conditionnant le jeu de la reconnaissance mutuelle, du passeport européen, et du *home country control*, aboutit à l'extraterritorialité directe du texte interne. Ce phénomène n'est en aucun cas expliqué par la « nationalité du prestataire ».

⁵⁴⁴ Nous rappelons en effet qu'il ne semble pas que le législateur français ait pris l'habitude, de lui-même, d'être exprès sur l'application territoriale ou extraterritoriale des textes qu'il édicte. Voir en ce sens une bibliographie abondante, et notamment LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, 6ème éd., Précis Dalloz, 1999, n° 127, page 124 ; MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, 7^{ème} éd., Précis Domat, Montchrestien, Paris, 2001, n° 121, page 82.

⁵⁴⁵ Voir cette annexe au J.O.C.E. n° L 001 du 03/01/1994, pp. 0403 à 0416, et sa dernière modification, pour tenir compte de l'adoption de la directive 2000/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 modifiant la directive 2000/12/CE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (la directive bancaire). Cette dernière modification est issue de la Décision du Comité mixte de l'E.E.E. n° 44/2001 du 30 mars 2001, à consulter au J.O.C.E. n° L 158 du 14/06/2001 p. 0057 – 0058.

l'Union européenne et de ceux de l'Association Européenne de Libre Echange (A.E.L.E.) à l'exception de la Suisse, peuvent s'implanter librement dans l'A.E.L.E.⁵⁴⁷. Cet état du droit a été intégré dans les dispositions françaises de manière expresse. Le législateur français eût pu s'en affranchir, dans la mesure où à défaut, la loi française se serait appliquée de toute façon sur le territoire de l'A.E.L.E., mais, cette fois ci, en vertu d'un mécanisme d'extraterritorialité indirecte que nous analyserons en chapitre second de cette sous partie.

265. Absence d'extraterritorialité directe hors de l'E.E.E. L'hypothèse est simple : si un établissement de crédit veut s'implanter ou prêter dans un Etat non membre de l'Union européenne ou de l'E.E.E., soit en constituant une filiale à cet effet, soit en créant une succursale, soit en prenant le contrôle d'un établissement de crédit local, il est impératif qu'il se plie aux exigences de la législation de l'Etat d'implantation. Il sera donc nécessaire qu'il sollicite l'agrément éventuel des autorités locales⁵⁴⁸. Il reste que la législation française peut éventuellement avoir un rôle à jouer à l'étranger, mais ce ne sera, en revanche, que sur la base d'une extraterritorialité dite indirecte⁵⁴⁹.

2) Les mobiles relatifs à l'extraterritorialité directe des monopoles financiers français.

266. Plan. Nous procéderons de manière identique à celle utilisé pour les monopoles des établissements de crédit. Nous distinguerons les mobiles qui conduisent à l'application extraterritoriale des dispositions françaises à l'intérieur de l'Union européenne d'une part, et nous nous intéresserons ensuite à l'hypothèse de l'application extraterritoriale hors de l'Union, car les raisons de cette extraterritorialité ne sont pas similaires aux premières.

a Application à l'intérieur de l'Union européenne pour les activités financières harmonisées.

267. Présentation des mobiles et des méthodes. Les mobiles peuvent se comparer avec ceux relatifs aux monopoles bancaires. Cependant, le modus operandi de la construction du marché relatif aux activités financières est fondé sur des textes distincts, et une optique différente. En effet, c'est bien par la création d'un véritable espace financier unifié que l'on parvient à l'application extraterritoriale des dispositions françaises. Dans la loi M.A.F. modifiée sont insérées des dispositions qui prévoient l'application de cette loi hors du territoire national. Pour bien comprendre la problématique particulière qui a animé

⁵⁴⁶ ASSOCIATION FRANÇAISE DES BANQUES (A.F.B.), Application des directives bancaires à l'espace économique européen, <http://www.afb.fr/eurbanfi1-9.htm> . ; voir également pour l'affirmation de ce principe RIVES-LANGE (J.L.) et CONTAMINE-RAYNAUD (M.), *Droit bancaire*, Précis, 6^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1995, n° 132, p. 112.

⁵⁴⁷ Voir en ce sens BONNEAU (Th.), *Dict. Joly Communautaire*, V° Banque, spécialement n° 5.

⁵⁴⁸ Voir GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire. Institutions – comptes – opérations – services*, 5^{ème} éd., Manuels Juris-classeur, Litec, Paris, 2002, n° 63-1.

⁵⁴⁹ Voir *supra* n° 354.

la création de ce marché financier unique, il faut préciser la méthode qui a été employée pour y parvenir. Cela permettra de mieux mettre en exergue les mobiles qui ont présidé à sa mise en place⁵⁵⁰. La multiplicité des professions, des opérations et des instruments utilisés a dû être prise en compte dans l'élaboration du cadre juridique européen des services financiers. Là encore, il a fallu opérer par touches successives. D'abord, il faut rappeler que le Traité de Rome ne permet pas, à lui seul, de libérer effectivement les services d'investissement⁵⁵¹. Malgré les articles 43 et 49 du Traité, les textes nationaux furent maintenus, car ils bénéficiaient de l'exception de la sauvegarde de l'intérêt général, justifiant à elle seule l'atteinte portée par leur maintien aux libertés d'établissement et de prestation de services. Les services financiers ont en effet fait l'objet d'un contentieux communautaire⁵⁵², aboutissant à ces conclusions. Pendant un temps, les entreprises ont dû demander, dans chaque pays d'accueil, un agrément, et elles ont dû se plier aux exigences des législations locales pour exercer leur activité. Il n'y avait donc pas d'extraterritorialité directe des monopoles financiers sur ce fondement, malgré les dispositions du traité. Par la suite, certains facteurs exogènes et endogènes, selon les termes employés par MM. CARREAU et BERLIN, ainsi qu'une véritable prise de conscience collective, ont permis l'émergence d'un espace financier européen⁵⁵³. Au titre des facteurs endogènes, il faut relever le mouvement de rapprochement des droits nationaux concernant les valeurs mobilières et la mise en œuvre de la liberté de circulation des capitaux⁵⁵⁴. Les textes issus de l'Union pris dans cette perspective sont de deux nature. D'abord, un code européen de 1977 a mis en place une sorte d'éthique commune, dans le but de faciliter, selon la Commission, l'harmonisation des dispositions nationales. Ensuite, un ensemble de directives a été mis en place, dans lequel figurent d'une part la deuxième directive bancaire du 15 décembre 1989, intégrée aujourd'hui

⁵⁵⁰ Voir CARREAU (D.) et BERLIN (D.), *Jurisl. Europe*, Fasc. 1030, Bourses et valeurs mobilières – Réalisation d'un marché unique financier, spécialement n° 30 à 58 ; voir également GAVALDA (C.), *Rep. Dalloz Communautaire*, V° Bourse, spécialement n° 1 à 7 ; FASQUELLE (D.), *Dict. Joly Communautaire*, V^{is} services d'investissement, spécialement n° 1 à 7, repris in FASQUELLE (D.), *Dict. Joly Communautaire*, V^{is} Libertés communautaires et services d'investissement, n° 1 à 7.

⁵⁵¹ Voir FASQUELLE (D.), *Dict. Joly Communautaire*, V^{is} Libertés communautaires et services d'investissement, n° 1 ; voir également CARREAU (D.) et BERLIN (D.), *Op. cit.*, n° 2 à 6.

⁵⁵² Voir C.J.C.E., 4 décembre 1986, Commission c/Allemagne, Recueil de jurisprudence 1986, page 3755, C.J.C.E., 10 mai 1995, Alpine Investment, Aff. C-384/93, Recueil I, page 1141, qui voit dans la protection de l'intégrité du marché une raison impérieuse d'intérêt général permettant de restreindre l'accès ou l'exercice de l'activité financière ; et voir PARLÉANI (G.), *Rep. Dalloz Communautaire*, V^{is} Prestation de services, spécialement n° 15.

⁵⁵³ Voir CARREAU (D.) et BERLIN (D.), *Op. cit.*, n° 7 à 9. Les facteurs dits « exogènes » sont le développement massif des marchés financiers à l'échelle internationale, à partir des années 80, sous l'impulsion des Etats-Unis ; et la mise en place du G.A.T.S. prohibant certaines mesures protectionnistes. Par ailleurs, les facteurs endogènes sont la relance de l'achèvement du marché commun, au milieu des années quatre-vingt, et l'arrivée de l'Euro. C'est donc en grande partie les faits qui ont favorisé l'accélération du processus de création de ce marché unifié, et non pas l'adoption d'un texte particulier comme dans d'autres secteurs.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, *Op. cit.*, n° 11 à 19.

dans la directive bancaire⁵⁵⁵ ; et la directive sur les services d'investissements d'autre part. Ces deux textes sont axés sur une démarche d'harmonisation minimale⁵⁵⁶, avec, donc, tous les risques inhérents à cette technique. A cet égard, la dernière des évolutions en date figure dans la directive sur la commercialisation à distance des services financiers. Ce texte, rompant avec la pratique désormais bien connue de l'harmonisation minimale, adopte au contraire une approche maximaliste⁵⁵⁷.

268. Examen des mobiles – reconnaissance mutuelle des agréments. Ce principe est le pendant de celui qui existe en matière bancaire. En effet, les entreprises d'investissement ne peuvent fournir un service d'investissement qu'à la condition d'avoir préalablement obtenu un agrément auprès des autorités compétentes de leur Etat membre d'origine. Par le moyen de l'harmonisation minimale, en principe, les agréments conférés par les autorités de chacun des Etats membres sont réputés équivalents. La D.S.I. procède de cette technique d'harmonisation minimale en vue de parvenir à la reconnaissance mutuelle des agréments. En effet, selon les termes du 3^{ème} considérant : « la démarche retenue consiste à ne réaliser que l'harmonisation essentielle, nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel, qui permette l'octroi d'un agrément unique valable dans toute la Communauté et l'application du principe du contrôle par l'Etat membre d'origine ; que, en vertu de la reconnaissance mutuelle, les entreprises d'investissement agréées dans leur Etat membre d'origine peuvent exercer dans toute la Communauté tout ou partie des services autorisés par leur agrément et couverts par la présente directive, par l'établissement d'une succursale ou par voie de prestation de services ». La proposition de nouvelle D.S.I. émanant de la Commission, pour parvenir à cette reconnaissance mutuelle, envisage d'emprunter la voie d'une harmonisation plus poussée : « la directive existante ne jette pas les bases d'un jeu harmonisé d'obligations en matière de protection des investisseurs, pourtant nécessaire à la reconnaissance mutuelle des conditions d'agrément et d'exercice ».

269. Examen des mobiles – passeport européen . Selon ce principe, une entreprise d'investissement agréée dans son pays d'origine peut exercer les services pour lesquels elle a été agréée dans tout autre Etat membre de l'Union européenne, soit en y établissant une succursale, soit par la voie de la libre prestation de services. En vertu du passeport européen, l'Etat d'accueil ne peut imposer de conditions supplémentaires à l'exercice de l'activité. Il est à noter que la libre prestation de services couvre aussi bien l'hypothèse dans laquelle le prestataire de services se déplace dans le pays du

⁵⁵⁵ L'interférence de la directive bancaire dans le domaine des services d'investissement tient au fait que les établissements de crédit peuvent fournir des services d'investissements nantis de leur agrément comme établissements de crédit, donc sans avoir à solliciter d'agrément complémentaire. Ils sont cependant soumis à certaines des dispositions de la D.S.I. pour éviter les distorsions de concurrence. Voir sur cette question FASQUELLE (D.), *Dict. Joly Communautaire*, V^{is} Libertés communautaires et services d'investissement, n° 21.

⁵⁵⁶ Voir sur ce point SCHAPIRA (J.), LE TALLEC (G.), BLAISE (J.B.), *Droit européen des affaires*, Coll. Thémis droit privé, 4^{ème} éd., Presses Universitaires de France, Paris, 1994, spécialement page 473.

⁵⁵⁷ Voir ANCEL (M.É.), *Op. cit.*, page 58.

destinataire – article 59 du Traité de Rome – que celle dans laquelle le destinataire se déplace, en vue de bénéficier des services auxquels il s'attend⁵⁵⁸. Ce passeport européen est prévu par la D.S.I., puisque, selon le 3^{ème} considérant, l'harmonisation minimale doit permettre « l'octroi d'un agrément unique valable dans toute la Communauté », et qu'ainsi, « les entreprises d'investissement agréées dans leur État membre d'origine peuvent exercer dans toute la Communauté tout ou partie des services autorisés par leur agrément et couverts par la présente directive, par l'établissement d'une succursale ou par voie de prestation de services ».

270. Examen des mobiles – home country control. Le contrôle, par les autorités de l'Etat membre d'origine, en l'occurrence la France, de l'activité développée dans l'Etat d'accueil par une entreprise d'investissement est également prévu par la D.S.I. En effet, le 3^{ème} considérant de cette directive, mentionné aux paragraphes précédents, fixe clairement les intentions à cet égard. De la sorte, c'est un véritable « statut européen » qui s'applique aux prestataires de services d'investissements, tout comme il en existe un concernant les établissements de crédit.

271. Conséquences. Les articles L.532-16 à L.532-27 du code monétaire et financier traitent de l'application des dispositions françaises régissant l'exercice des monopoles financiers à travers le territoire de l'Union européenne, et même de l'Espace Economique Européen. Chacun des trois mobiles exposés est repris dans ces textes. Cela veut dire que si le juge français est conduit à appliquer le droit français hors des frontières françaises, mais à l'intérieur de l'Union européenne, c'est parce que le droit français en dispose ainsi. C'est le propre de l'extraterritorialité directe. Mais l'on peut dire, pour conclure sur les mobiles qui ont conduit à cette application extraterritoriale explicite, que la raison profonde est un commandement émanant d'une autorité, d'une norme issue de l'Union européenne. Si nous étions dans l'hypothèse classique d'un Traité, auquel la France se soumet sans en recevoir par quelque moyen que ce soit les dispositions en droit interne, il n'y aurait pas d'extraterritorialité directe des monopoles financiers, pas plus, d'ailleurs, que d'extraterritorialité directe des monopoles bancaires. C'est bien le mécanisme de transposition des directives qui a conduit à ce que la loi française soit explicite quant à son application extraterritoriale.

b Application hors Union européenne.

272. Elargissement à l'Espace Economique Européen. L'annexe IX de l'accord de Porto comprend la D.S.I., de sorte que celle-ci, tout comme la directive bancaire, s'applique sur le territoire de l'Association Européenne de Libre Echange. L'article L.532-17 du code monétaire et financier dispose que : « Pour l'application de la présente section, les entreprises d'investissement dont le siège social ou la direction effective est

⁵⁵⁸ Voir C.J.C.E., 2 février 1989, Ian William Cowan c/ Trésor public., Aff. C-186/87, Rec. page 195, qui a dit pour droit que : « le principe de non discrimination, énoncé notamment à l'article 7 du Traité CEE, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un Etat membre, pour ce qui concerne les personnes auxquelles le droit communautaire garantit la liberté de se rendre dans cet Etat, en particulier en tant que destinataire de services, subordonne l'octroi d'une indemnité de l'Etat, destinée à réparer le préjudice causé dans cet Etat à la victime d'une agression ayant entraîné un dommage corporel, à la condition d'être titulaire d'une carte de résident ou d'être ressortissant d'un pays ayant conclu un accord de réciprocité avec cet Etat membre ».

établi dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace Economique Européen sont assimilées aux entreprises qui ont leur siège social ou leur direction effective dans un des Etats membres de la Communauté européenne autres que la France ». Il en découle que le phénomène d'acculturation précédemment décrit s'applique également sur le territoire de l'A.E.L.E.. Dès lors, un prestataire de services d'investissement ayant son siège en France, qui voudrait s'implanter dans l'Espace Economique Européen pourrait le faire grâce à l'autorisation donnée par le C.E.C.E.I.. Ceci sous certaines conditions et réserves, que nous développerons au titre des facteurs limitatifs de l'extraterritorialité directe, quant aux procédures à suivre. Ces dernières sont en effet variables selon le mode d'implantation utilisé – succursale, filiale, prestation de services⁵⁵⁹.

273. Absence d'extraterritorialité directe hors de l'Espace Economique Européen. Les dispositions précitées du code monétaire et financier ne prévoient pas de manière expresse d'autres hypothèses d'application extraterritorialité directe des monopoles financiers. Les autres hypothèses d'extraterritorialité des monopoles financiers ne peuvent donc être qu'indirectes. En principe, les prestataires de services d'investissement désirant s'implanter hors de l'Espace Economique Européen ne pourront profiter ni de la liberté d'établissement, ni de celle de prestation de services. Elles devront donc solliciter l'agrément, s'il existe, auprès des autorités de l'Etat d'implantation ou d'accueil⁵⁶⁰.

274. Conclusion sur les raisons de l'application à l'étranger des dispositions françaises par un juge français. Par principe, le juge français est chargé d'appliquer la loi française sur son territoire, surtout s'il s'agit comme en l'espèce d'une disposition de police compte tenu des dispositions de l'article 3 du code civil français déjà cité. Puisque le code monétaire et financier, par acculturation de normes communautaires, contient des dispositions expressees qui permettent aux juges nationaux et aux autorités françaises d'appliquer les monopoles bancaires et financiers à l'étranger, ces juges et autorités sont, en quelque sorte, liés.

B) L'influence du mode de distribution

275. Influence de la directive « commerce électronique » sur les activités des établissements de crédit. La directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000⁵⁶¹, relative à certains aspects juridiques des services de la société

⁵⁵⁹ Voir *infra* n° 302 et suivants.

⁵⁶⁰ Voir VARII AUCTORES, *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, V^{is} Services d'investissements, § 24. Il est à noter que les entreprises d'investissement de la Communauté qui rencontreraient des difficultés particulières – des discriminations par exemple – pour accéder au marché convoité, les autorités compétentes des Etats membres pourront, à tout moment, suspendre leurs décisions relatives aux demandes d'agrément en attente ou futures.

⁵⁶¹ J.O.C.E. 17 juillet 2000, n° L. 178, pp. 1 à 16. Sur cette directive, voir LUTZ (P.), Les suites de la directive sur le commerce électronique : la nécessaire refonte du droit français du crédit aux consommateurs, *R.D.B.B.*, n° 2, mars/avril 2002, pp. 87 à 91. Voir également avec profit l'analyse critique de ROEGES (L.), Quelques réflexions critiques sur le cadre légal pour la libre prestation de services bancaires et financiers, *Euredia*, 2000/2, pp. 149 à 156.

de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), pose une problématique particulière. En effet, l'exposé des motifs nous apprend que⁵⁶² « La présente directive est sans préjudice du niveau de protection existant notamment en matière de [...] protection [...] des intérêts des consommateurs, établi par les instruments communautaires ». Au titre de cet acquis communautaire, la directive vise notamment la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation⁵⁶³, mais elle ne vise pas la directive bancaire. Par ailleurs, ce texte vient restreindre la possibilité, pour un État membre, d'appliquer des règles d'intérêt général. En effet, selon le 25^{ème} considérant, « les juridictions nationales, y compris les juridictions civiles, statuant sur les différends de droit privé peuvent déroger à la libre prestation des services de la société de l'information, conformément aux conditions définies dans la présente directive ». Il faut ajouter à cela les dispositions contenues dans l'article 3, paragraphe 2, selon lesquelles « les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre », dans les secteurs d'activité non spécifiés dans l'annexe de cette directive⁵⁶⁴. Or, les activités bancaires ne sont pas concernées par cette annexe, hormis les établissements de monnaie électronique⁵⁶⁵. Cela signifie que sans avoir totalement disparu, les pouvoirs des États membres sont amoindris⁵⁶⁶ quant à la possibilité, qu'ils conservent dans la directive bancaire, de faire jouer les dispositions d'intérêt général. L'on aboutit donc à ce qu'une sorte de « passeport bis »⁵⁶⁷ permette

⁵⁶² Voir le point 11 de l'exposé des motifs de la directive.

⁵⁶³ Voir J.O.C.E. n° L. 42 du 12 février 1987, pp. 48 et suivantes. Cette directive a été modifiée par la directive 90/88/CEE, J.O.C.E. n° L. 61, du 10 mars 1990, pp. 14 et suivantes.

⁵⁶⁴ Voir l'article 3, paragraphe 3 de la directive commerce électronique.

⁵⁶⁵ On peut en effet relever, dans cette annexe, la mention de ce secteur d'activités, puisqu'elle précise que les paragraphes 1 et 2 de l'article 3 ne s'appliquent pas à « l'émission de monnaie électronique par des institutions pour lesquelles les États membres ont appliqué une des dérogations prévues à l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/46/CE ». C'est-à-dire dans l'hypothèse où l'État membre aura permis à un établissement de monnaie électronique de ne pas appliquer tout ou partie des dispositions de la directive bancaire.

⁵⁶⁶ Les États membres peuvent toutefois prendre certaines dispositions, mais dans les conditions strictement et limitativement énumérées par la directive elle-même, selon les dispositions de l'article 3, § 4. En effet, les mesures doivent être nécessaires pour des raisons tenant à l'ordre public, la santé publique, la sécurité publique, la protection des consommateurs – y compris des investisseurs. Elles doivent être prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte à ces objectifs, ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs. Elles doivent être proportionnelles à ces objectifs. Par ailleurs, l'État membre doit avoir préalablement demandé à l'État membre d'établissement du prestataire de prendre des mesures, et cette demande doit être restée infructueuse. De plus, l'État membre doit avoir au préalable notifié à la Commission et à l'État membre d'établissement du prestataire son intention de prendre de telles mesures. Nous avons vu que les agréments concernant les activités bancaires étaient dictés par la volonté de protéger les consommateurs, et par celle d'assurer la sécurité publique, notamment celle du système monétaire. Il semble donc que le présent propos puisse être relativisé.

aux établissements de crédit qui fournissent leurs services en ligne d'exercer sans passeport, et sans se soumettre aux conditions plus restrictives posées par les directives classiques. Ceci étant, il n'est pas interdit aux Etats membres d'exiger toute forme d'autorisation préalable – de droit national ou communautaire – qui seraient indépendantes du mode de distribution choisi, selon les termes de l'article 4, paragraphe 2. Or, l'agrément du C.E.C.E.I., pour le secteur bancaire, n'est pas délivré ou refusé en fonction du fait que le candidat souhaite exercer par le biais d'Internet. Mais cet agrément reste soumis à la clause « marché intérieur ». De la sorte, un établissement de crédit à la consommation, par exemple, bénéficiant du seul agrément national, pourra faire jouer la clause marché intérieur⁵⁶⁸ et bénéficiera de la reconnaissance mutuelle qui s'y attache s'il décide de prêter par la voie électronique⁵⁶⁹.

276. Un particularisme : la directive commerce électronique et les services financiers. Cette directive, que nous avons abordée, indique⁵⁷⁰ être sans préjudice du niveau de protection existant, notamment celui qui découle de la directive 93/22/CEE du Conseil du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières. Par ailleurs, son annexe nous apprend que l'interdiction faite aux Etats de restreindre la liberté ne s'applique pas à la publicité faite par un O.P.C.V.M.⁵⁷¹. Pour le reste, les observations que nous avons formulées à propos des établissements de crédit peuvent être transposées à la situation des prestataires de services d'investissement. Par conséquent, sur ce point, les facteurs limitatifs liés aux activités exercées que nous mettrons en évidence⁵⁷² ne pourront s'appliquer. En d'autres termes, un prestataire de services financiers donné, bénéficiant d'un agrément du C.E.C.E.I., mais qui exercerait dans un secteur d'activité non couvert par la reconnaissance mutuelle prévue par la D.S.I., ne bénéficiera pas, en principe de la reconnaissance mutuelle des agréments. Mais s'il exerce par la voie du commerce électronique, il pourra, en vertu de la clause « marché intérieur » contenue dans la directive « commerce électronique », se prévaloir de son agrément pour prêter dans d'autres Etats membres de l'Union⁵⁷³.

⁵⁶⁷ Voir pour cette expression ROLIN JACQUEMYS (L.) et VAN HUFFEL (M.), *Op. cit.*, page 89.

⁵⁶⁸ Cette clause « marché intérieur » se définit comme la préséance du droit de l'Etat d'origine, sauf la réserve de l'intérêt général, susceptible de donner préséance à la législation de l'Etat d'accueil. Voir GAVALDA (C.) et PARLEANI (G.), *Droit des affaires de l'Union européenne*, 4^{ème} éd., Litec, Manuels Jurisclasseur, Paris, 2002, par PARLEANI (G.), n° 282.

⁵⁶⁹ Voir *Ibidem*, *Op. cit.* page 90.

⁵⁷⁰ Voir en ce sens le considérant n° 13 précité.

⁵⁷¹ Il s'agit là des dispositions combinées de l'annexe de la directive « commerce électronique » et de l'article 44, paragraphe 2 de la directive du Conseil du 20 décembre 1985, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), numérotée 85/611/CEE, J.O.C.E. n° L 375 du 31/12/1985 pp. 3 à 18.

⁵⁷² Voir *infra* n° 304 et 305.

⁵⁷³ Voir ROLIN JACQUEMYS (L.) et VAN HUFFEL (M.), *Op. cit.*, page 89.

277. Difficulté particulière : la directive sur la commercialisation à distance des produits financiers. Cette directive, déjà en gestation lors de l'adoption de la directive sur le commerce électronique⁵⁷⁴, pose une difficulté particulière, indépendamment de sa non transposition. Son troisième considérant prévoit que « Dans le cadre du marché intérieur, il est dans l'intérêt des consommateurs de pouvoir accéder sans discrimination à l'éventail le plus large possible de services financiers disponibles dans la Communauté, afin de pouvoir choisir ceux qui sont le plus adaptés à leurs besoins. Afin d'assurer la liberté de choix des consommateurs, qui est un droit essentiel de ceux-ci, un niveau élevé de protection des consommateurs est nécessaire pour accroître leur confiance dans la vente à distance ». Le douzième considérant poursuit en ces termes : « Des dispositions divergentes ou différentes de protection des consommateurs prises par les États membres en matière de commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs pourraient avoir une incidence négative sur le fonctionnement du marché intérieur et sur la concurrence entre les entreprises dans celui-ci. Il est, par conséquent, nécessaire d'introduire des règles communes au niveau communautaire dans ce domaine sans porter atteinte à la protection générale des consommateurs dans les États membres ». Cette directive met en relation étroite deux intérêts distincts a priori difficilement conciliables : la protection du consommateur – et plus précisément, nous concernant, de l'usager profane – favorise le bon fonctionnement du marché. Et la protection des consommateurs serait d'autant mieux assurée que l'harmonisation des règles nationales qui ont cet objectif serait élevée. Cela pourrait vouloir dire qu'il faut s'attendre, si l'harmonisation se poursuit, à ce que les conditions d'agrément des prestataires de services d'investissement opérant à distance soient modifiées. De la sorte, plus l'harmonisation des législations internes quant à l'agrément est élevée, moins la reconnaissance mutuelle présentera de réel intérêt, et moins la question de l'extraterritorialité des dispositions françaises aura de portée pratique. Cependant, en l'état, la directive prévoit des obligations en matière d'information préalable du consommateur. Au rang de ces informations, l'article 3-1-1-e) prévoit que : « En temps utile avant que le consommateur ne soit lié par contrat à distance ou par une offre, il reçoit les informations concernant [...] dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente ». Il s'ensuit donc qu'en l'état actuel, la directive ne remettrait pas en cause le mécanisme d'extraterritorialité sus évoqué. Elle le conforterait même, et le faciliterait. Le fait que l'autorité compétente soit indiquée peut avoir l'avantage de vider de sa substance toute hypothèse de conflit de compétences : si le fournisseur a fait une indication erronée au consommateur, il semblerait assez incongru qu'il puisse se prévaloir de sa propre erreur en justice. Le dernier apport de cette directive est de rappeler les engagements pris par l'Union européenne dans le cadre de l'A.G.C.S., selon le considérant n° 32. Il nous faut évoquer plus largement l'influence de cette dernière catégorie de sources sur les justifications de l'extraterritorialité directe.

C) Les mobiles sont réglementés par l'A.G.C.S..

278. Nature de la réglementation. L'Accord Général sur le Commerce des Services

⁵⁷⁴ Voir la directive n° 2000/31/CE précitée, dite directive « commerce électronique », considérant n° 11.

condamne par principe les législations extraterritoriales. Cependant, dans l'hypothèse de ce que l'O.M.C. dénomme les « accords régionaux d'intégration », la reconnaissance mutuelle des qualifications, licences... peut se concevoir, sous certaines conditions.

1) Condamnation des lois extraterritoriales, mais pas des effets extraterritoriaux.

279. Dispositions de l'A.G.C.S. .. L'accord général sur le Commerce des Services prévoit en son article XIV, paragraphe c) iii, que : « sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout membre de mesures [...] nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris celles qui se rapportent [...] à la sécurité... ».

280. Position de la doctrine. M. Virgile PACÉ⁵⁷⁵ expose que les lois extraterritoriales sont condamnées par l'A.G.C.S., et de manière plus générale, par l'ensemble des accords de Marrakech. Ce propos doit être relativisée quant au secteur d'activités qui nous préoccupe. En effet, nous ne parlons que de lois d'application extraterritoriale, c'est-à-dire les lois qui sont matériellement territoriales, et qu'une norme externe ou passerelle peut conduire à ce qu'elles s'appliquent hors de ce territoire. Il ne s'agit donc pas de dispositions extraterritoriales par nature, telles que peuvent l'être les lois américaines relatives à l'embargo sur Cuba, encore appelées lois Helms-Burton ou d'Amato-Kennedy, par exemple. Or, M. PACÉ ne précise pas que les lois d'application extraterritoriale du fait d'une norme externe sont condamnées par l'A.G.C.S., tout comme il s'abstient de dire que cet accord les accepte. Il ne les a tout simplement pas envisagées. Pour preuve, il ne bâtit son argumentation qu'autour des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy précitées⁵⁷⁶. Compte tenu du fait que nous considérons comme extraterritoriales, en même temps que territoriales, les lois françaises issues de transposition et de la mise en œuvre de reconnaissance mutuelle, il y a lieu d'affirmer que ce type précis de lois extraterritoriales n'est pas condamné par l'A.G.C.S.. Au contraire, la lecture combinée des articles V et VII de l'Accord peut conduire à une conclusion inverse, puisque les accords d'intégration régionale sont admis, et qu'en leur sein par exemple, la reconnaissance des « prescriptions remplies ou certificats accordés dans un pays déterminé » le sont tout autant.

2) La reconnaissance mutuelle est admise par l'A.G.C.S..

281. Fondements du postulat. Les éléments qui permettent à la reconnaissance mutuelle d'opérer comme fondement efficace de l'extraterritorialité directe des dispositions françaises au regard de l'Accord Général sur le Commerce des Services sont de deux natures. D'une part, l'accord autorise les accords d'intégration régionale, tels que l'Union

⁵⁷⁵ Voir PACÉ (V.), *L'organisation Mondiale du Commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, collection logiques juridiques, l'Harmattan, Paris, 2000, spécialement pp. 139 à 148.

⁵⁷⁶ Voir PACÉ (V.), *op. et loc. cit.*

européenne, l'ALENA ou le MERCOSUR. D'autre part, la technique même de la reconnaissance mutuelle est acceptée, sous certaines conditions.

a L'A.G.C.S. autorise les accords d'intégration régionale.

282. Article V de l'A.G.C.S. .. Il faut indiquer que l'article V de l'A.G.C.S. permet l'hypothèse de l'appartenance de plusieurs Etats à des accords régionaux d'intégration, pourvu que ces accords couvrent un nombre substantiel de secteurs, et prévoient l'absence ou l'élimination pour l'essentiel de toute discrimination entre deux parties ou plus.

283. Rôle de l'O.M.C. . L'Organisation Mondiale du Commerce a un rôle de contrôle de la politique communautaire. L'article XXIV du G.A.T.T., complété par un Memorandum d'Accord quant à l'interprétation de cet article, et adopté à l'issue de l'Uruguay Round, a vocation à rendre plus contraignantes les règles relatives aux intégrations régionales⁵⁷⁷. L'O.M.C. ne conteste pas la validité de tels accords, mais elle exerce un contrôle sur ceux-ci. Pour le sujet étudié, ce contrôle peut avoir deux conséquences. Ce pourrait être d'abord une remise en question de la reconnaissance mutuelle, et partant de la possibilité d'application extraterritoriale expresse des dispositions françaises. C'est ce qu'il convient de vérifier.

b La validité des accords de reconnaissance mutuelle au regard de l'A.G.C.S..

284. Présentation du problème. L'article VII de l'Accord Général sur le Commerce des Services dispose que : « S'agissant d'assurer, en totalité ou en partie, le respect de ses normes concernant la délivrance d'autorisations, de licences ou de certificats pour les fournisseurs de services, et sous réserve des prescriptions du paragraphe 3, un Membre pourra reconnaître l'éducation ou l'expérience acquise, les prescriptions remplies, ou les licences ou certificats accordés dans un pays déterminé. Cette reconnaissance, qui pourra se faire par une harmonisation ou autrement, pourra se fonder sur un accord ou arrangement avec le pays concerné ou être accordé de manière autonome ». Le principe de la reconnaissance mutuelle des agréments est donc parfaitement valable, au regard de l'A.G.C.S.. N'est-il pas nécessaire que cette reconnaissance vise tous les membres de l'O.M.C. ? La suite de ce texte pourrait poser quelques difficultés sur ce plan. En effet, il est dit, au paragraphe 3 de l'article VII, qu'un « membre n'accordera pas la reconnaissance d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination entre les pays dans l'application de ses normes ou critères concernant la délivrance d'autorisations, de licences, ou de certificats pour les fournisseurs de services ou une restriction déguisée au commerce des services ». Il faut savoir avec précision ce que veut dire l'expression « discrimination entre les pays ». S'agit-il des pays ayant ratifié l'A.G.C.S. ? ou plus simplement des pays qui sollicitent la reconnaissance ? La difficulté que l'on voit poindre tient au fait que chaque Etat membre de l'Union accorde aux autres Etats membres de l'Union la reconnaissance mutuelle des agréments, dans des conditions qui n'ont rien d'arbitraire ainsi que nous l'avons vu. Mais ces mêmes Etats membres ne sont-ils pas

⁵⁷⁷ Voir BLIN (O.), *Op. cit.*, n° 15 à 33.

tenus d'accorder la reconnaissance mutuelle à tout prestataire de tout Etat membre de l'O.M.C. qui le solliciterait ? Inversement, tout établissement implanté en France, qui voudrait s'implanter à l'étranger, sur le territoire d'un Etat non membre de l'Union, mais membre de l'O.M.C., ne pourrait-il pas, sur la base de ce texte, solliciter la reconnaissance mutuelle de cet agrément ? a priori, rien n'oblige un Etat à accorder cette reconnaissance dès qu'elle est sollicitée, ainsi que l'établit clairement le début de l'article VII : « un membre pourra reconnaître... ». Cela tranche sans conteste une première difficulté, relevant autant de l'implantation en France de la part d'un prestataire étranger en France que la situation inverse. Mais l'on peut aller plus loin : le fait que cette reconnaissance mutuelle ne soit limitée qu'à certains Etats ne pourrait-il pas être perçu, sur la base de ce texte, comme une discrimination entre les pays ? cela pourrait-il remettre en cause la validité de cette reconnaissance mutuelle, et partant, la possibilité d'appliquer le droit français par voie d'extraterritorialité directe ? En cela, il nous semble qu'il y ait une difficulté liée à l'extraterritorialité directe.

285. Position de la doctrine. Une analyse intéressante de cette question a été menée par M. Virgile PACÉ. Il remarque, dans sa thèse consacrée à l'Organisation Mondiale du Commerce, que les accords commerciaux régionaux sont tout à fait compatibles avec les règles de l'O.M.C.. Il observe qu'au premier janvier 1995, presque tous les membres de l'O.M.C. étaient parties à au moins un accord commercial régional notifié à l'O.M.C.. Selon M. PACÉ, les accords commerciaux régionaux constituent une exception à la règle du traitement N.P.F. posée par l'article 1^{er} du G.A.T.T.. Ils établissent en effet un régime préférentiel et discriminatoire en faveur de leurs membres. Ils ne doivent donc être tolérés qu'en vertu d'une dérogation expresse des Membres – de l'O.M.C., ou conformément à l'article XXIV, qui définit un certain nombre de critères à respecter⁵⁷⁸. De son côté, Mme le Professeur Hélène RUIZ-FABRI nous indique, après avoir rappelé les dispositions de l'article VII, que certes, les mesures de reconnaissance doivent être communiquées au Conseil du Commerce des Services, mais que en revanche, elles n'ont pas à être étendues, via la clause de la Nation la Plus Favorisée⁵⁷⁹. Cela veut donc dire que cette reconnaissance peut ne viser que certains des membres de l'A.G.C.S.. Il semble donc que les discriminations que l'article VII cherche à éviter s'apprécient uniquement entre les Etats qui bénéficient de cette reconnaissance. Ils doivent tous en bénéficier d'après les mêmes critères, ceux-ci étant objectifs.

286. Les problèmes soulevés par la référence aux critères objectifs. Cette dernière précision nécessite de se replonger dans les dispositions de l'article VII, paragraphe 5 de l'A.G.C.S.. Ce texte dispose que : « chaque fois que cela sera approprié, la reconnaissance devrait être fondée sur des critères convenus multilatéralement. Dans les cas où cela sera approprié, les Membres collaboreront avec les organisations gouvernementales et non gouvernementales compétentes à l'établissement et à

⁵⁷⁸ Voir PACÉ (V.), *L'organisation Mondiale du Commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, collection logiques juridiques, l'Harmattan, Paris, 2000, page 306.

⁵⁷⁹ Voir RUIZ-FABRI (H.), *Juriscl. Int.*, Fasc. 130-25, Organisation Mondiale du Commerce, Droit matériel, Services, propriété intellectuelle, investissements, marchés publics, aéronefs, n° 18. Dans le même sens, voir PACÉ (V.), *Op. cit.*, page 303 et suivantes.

l'adoption de normes et de critères internationaux communs pour la reconnaissance et de normes internationales communes pour l'exercice des activités et professions pertinentes en rapport avec les services ». Ce texte a une architecture particulière. D'abord, il faut se souvenir de la place particulière de ces accords par rapport au droit originaire de l'Union européenne et de l'absence d'effet direct. A propos des critères fondateurs de la reconnaissance, il y a lieu de relever l'usage du conditionnel, qui couplé avec la formule « chaque fois que cela sera approprié » donne un texte qui est à la source de deux séries de difficultés. D'une part, il faut préciser qui apprécie le caractère approprié d'une situation et à partir de quand l'on peut considérer une situation comme telle. D'autre part, il faut s'accorder sur ce qu'il convient d'entendre par « critères convenus multilatéralement ». A cet égard, l'emploi du conditionnel pourrait signifier que des critères convenus unilatéralement peuvent éventuellement fonder la reconnaissance.

287. Notion de critères convenus multilatéralement. La question qui se pose est de savoir si l'adverbe « multilatéralement » renvoie aux membres de l'accord régional ou aux membres de l'O.M.C.. Il faut d'abord se rappeler que la Communauté européenne est un membre à part entière de cette organisation. Dans la première hypothèse présentée, les critères permettant la reconnaissance mutuelle d'être validée auront bien été décidés multilatéralement, soit à plusieurs, puisque le texte précisant ces critères aura été adopté par les procédures prévues pour ce fait au sein de l'Union. En revanche, si l'on fait référence aux membres de l'O.M.C., cela signifierait que du fait que l'Union européenne ne constitue qu'un membre, ces critères auraient été décidés unilatéralement par un membre de l'O.M.C.. En réalité, il faut se souvenir de la nature hybride de l'Union européenne au sein de l'O.M.C.⁵⁸⁰. En effet, aussi bien la Communauté que les Etats qui la composent sont membres de cette organisation.

288. Conséquence. L'on s'aperçoit ici de l'utilité d'un organe de contrôle, puisque la notion de critères objectifs, dont le respect semble être requis pour assurer la validité des accords de reconnaissance mutuelle, est une redoutable source d'imprécision. Il faut préciser dans quelles conditions s'exerce ce contrôle.

c L'O.M.C. exerce un contrôle.

289. Importance du contrôle. Si l'A.G.C.S. devait considérer, compte tenu de l'optique de libéralisation des échanges qui caractérise son élaboration, que les accords de reconnaissance mutuelle des agréments ne peuvent être limités à certaines régions, cela conduirait à modifier la zone d'application extraterritoriale des monopoles français. Pour appréhender ce risque, il convient de voir le contrôle exercé par l'O.M.C. sur les accords régionaux d'intégration. L'étude de ce contrôle passe par l'analyse des organes qui en sont chargés d'une part, et des modalités utilisées d'autre part.

290. Organe chargé d'apprécier la validité des critères de reconnaissance mutuelle. Lorsque le GATT 1947 s'appliquait, les accords étaient examinés par divers groupes de travail. L'établissement du Comité des accords commerciaux régionaux comme unique organe chargé d'examiner les accords a contribué à rationaliser le processus d'examen ; le Comité sert aussi de cadre pour l'analyse des questions

⁵⁸⁰ Voir PACÉ (V.), *Op. cit.*, pp. 19 à 25, *passim*.

systemiques transversales communes à la plupart, voire la totalité, des accords. Les accords commerciaux régionaux couvrant le commerce des services conclus par des Membres de l'O.M.C., qu'il s'agisse de pays développés ou en développement, sont notifiés au Conseil du commerce des services (C.C.S.). Le C.C.S. peut décider de transmettre l'accord au Comité des accords commerciaux régionaux pour examen — mais, contrairement à ce qui se passe pour les accords commerciaux régionaux notifiés au titre de l'article XXIV du GATT, un tel examen est facultatif. Le Comité des accords commerciaux régionaux a deux autres fonctions, qui sont de déterminer comment procéder à l'établissement des rapports requis sur le fonctionnement des accords et d'élaborer des procédures destinées à faciliter et à améliorer le processus d'examen. Lorsque deux gouvernements (ou davantage) ont conclu des accords sur la reconnaissance mutuelle de leurs systèmes de qualification (par exemple pour la délivrance de licences ou de certificats aux fournisseurs de services), ils doivent, d'après l'A.G.C.S., ménager aux autres Membres la possibilité de négocier des arrangements comparables. La reconnaissance des systèmes de qualification d'autres pays ne doit pas être discriminatoire ni équivaloir à un protectionnisme déguisé. Les accords de reconnaissance doivent être notifiés à l'O.M.C.⁵⁸¹.

291. Buts de l'examen. L'examen factuel d'un accord par le Comité des accords commerciaux régionaux a deux objectifs : il garantit la transparence de l'accord et permet aux Membres d'évaluer sa conformité avec les règles de l'O.M.C.. L'examen est mené sur la base des renseignements fournis par les parties à l'accord par le biais soit de réponses écrites à des questions posées par écrit par les Membres de l'O.M.C., soit de réponses orales à des questions posées lors des réunions du Comité des accords commerciaux régionaux. Une fois l'examen factuel achevé, le Secrétariat élabore le rapport d'examen. Ensuite, des consultations sont menées et, une fois le rapport approuvé par le Comité des accords commerciaux régionaux, il est soumis à l'organe supérieur compétent pour adoption. Cette procédure est transposable concernant l'examen des accords portant sur les services.

d Les services financiers, la reconnaissance mutuelle, et l'A.G.C.S..

292. Article 3 de l'annexe sur les services financiers. L'article 2 a) de l'annexe préserve le droit des Etats membres de « prendre des mesures pour des raisons prudentielles, y compris pour la protection des investisseurs, des déposants, [...] ou à des personnes à qui un droit de garde est dû par un fournisseur de services financiers ou pour assurer l'intégrité et la stabilité du système financier ». Mme le Professeur Hélène RUIZ FABRI en déduit que ces activités ont toutes les chances de rester soumises à l'agrément du pays d'accueil⁵⁸². A notre sens, ce n'est pas aussi systématique, car il conviendrait de se reporter à l'article 3 de l'annexe. Il dispose que : « Un membre pourra reconnaître les mesures prudentielles de tout autre pays pour déterminer comment les mesures du

⁵⁸¹ Voir http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm5_f.htm.

⁵⁸² RUIZ-FABRI (H.), *Juriscl. Int.*, Fasc. 130-25, Organisation Mondiale du Commerce, Droit matériel, Services, propriété intellectuelle, investissements, marchés publics, aéronefs, n° 50.

Membre se rapportant aux services financiers seront appliquées. Cette reconnaissance, qui pourra se faire par une harmonisation ou autrement, pourra se fonder sur un accord ou arrangement avec le pays concerné ou être accordée de manière autonome ». Ce texte se situe dans le droit fil des dispositions plus générales contenues dans l'A.G.C.S.. Il autorise expressément la reconnaissance mutuelle dans son principe. A partir du moment où un accord régional permettrait la reconnaissance mutuelle des agréments et soumettrait le contrôle de l'activité des prestataires aux autorités de l'Etat d'origine, la conclusion dégagée par Mme RUIZ FABRI ne devrait plus être vérifiée. Cela étant, l'article 3 pose une question particulière, en ce sens que la reconnaissance mutuelle ne vise pas expressément les titres permettant d'exercer une activité, mais plutôt les mesures prudentielles. Faut-il en conclure que la délivrance des titres et autorisations fait partie de ces mesures prudentielles ? S'agit-il d'une notion distincte ? La réponse à cette question pourrait être de nature à influencer sur la validité de la reconnaissance mutuelle des agréments au regard de l'A.G.C.S. s'il fallait considérer que la reconnaissance mutuelle ne fait pas partie des mesures prudentielle parce qu'elle n'est pas visée par l'article 3 précité. Il semble qu'il faille opter pour la première hypothèse, d'après la lecture de l'article 2 a) précité.

293. Portée limitée du grief. La problématique exposée ci dessus ne fait pas courir de risque majeur aux établissements de crédit et aux prestataires de services d'investissements, dans la mesure où d'une part, les accords O.M.C. sont juridiquement inférieurs aux dispositions de droit originaire, tout en étant supérieures aux dispositions de droit dérivé⁵⁸³. Certes, il est vrai que la reconnaissance mutuelle des agréments ne trouve sa source que dans les directives. Mais il n'y a pas lieu, en l'état du rapport existant entre l'Union et l'O.M.C., de considérer que la reconnaissance mutuelle des agréments que nous avons pu exposer soit susceptible d'une telle remise en question sur la base des accords O.M.C.. Rappelons en effet que s'agissant des services, l'examen des accords régionaux les concernant est facultatif, contrairement à ce qui se produit pour le commerce des marchandises. Qui plus est, l'O.M.C. admet volontiers le rôle de « catalyseur » joué par ces accords d'intégration régionale.

294. Conclusions sur les justifications de l'extraterritorialité directe. Nous avons tenté de dégager les éléments justifiant l'extraterritorialité directe des monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement. Ces justifications ressortent d'abord au caractère exprès des textes français, conférés par le jeu de l'obligation des Etats membres de transposer les directives pour l'extraterritorialité directe au sein de l'Union européenne, et par extension au sein de l'Espace Economique Européen. Le mode de distribution des services ou des activités n'est également pas neutre sur les raisons qui permettent aux dispositions françaises de s'appliquer hors de nos frontières. Tout le processus est permis par le G.A.T.S.. La validité de l'extraterritorialité directe des dispositions françaises se trouve donc établie, au regard des trois ordres juridiques que nous avons confrontés. Il convient d'appréhender maintenant comment l'extraterritorialité directe des textes français se manifeste, et comment elle peut être étendue ou limitée.

⁵⁸³ Voir BLIN (O.), *Jurisl. Int.*, Fasc. 130-50, La communauté européenne et l'organisation mondiale du commerce (OMC), droit matériel et institutionnel, n° 39 à 41.

§ - 2 La mise en œuvre de l'extraterritorialité directe des monopoles bancaires et financiers français.

295. Plan. Nous nous intéresserons d'abord à la portée géographique effective de l'extraterritorialité directe des dispositions françaises. Ce sera l'occasion de relever l'existence de facteurs contribuant à l'élargissement de cette zone, c'est-à-dire qu'elle comprend l'Union européenne stricto sensu, mais également d'autres régions. Une fois cette portée établie, nous relèverons l'existence de facteurs limitatifs à l'extraterritorialité directe des dispositions françaises.

A) Mesure et facteurs d'élargissement de l'extraterritorialité directe des dispositions françaises.

296. Problématique. Nous venons d'analyser pourquoi les textes français pouvaient être amenés à recevoir application en dehors du territoire français lato sensu. Il nous faut désormais rechercher comment intervient l'extraterritorialité directe des monopoles bancaires et financiers français, aux fins d'en établir la délimitation et les conséquences pour les opérateurs. En d'autres termes, nous voulons rechercher quelle zone, hors le territoire français, s'ouvre au titulaire de l'agrément donné par le Comité des Etablissements de crédit et des entreprises d'investissement. Pour ce faire, en présence de textes distincts, il y a lieu de procéder d'abord à l'analyse de l'extraterritorialité directe des monopoles bancaires. Puis, nous étudierons celle des monopoles financiers.

1) La mesure de l'extraterritorialité directe du monopole bancaire

297. Délimitation de la recherche. Nous avons établi que l'extraterritorialité directe ne se posait pas hors des frontières de l'E.E.E., le législateur français aussi bien que les institutions communautaires n'ayant eu de réel mobile pour appliquer à l'extérieur de l'E.E.E. les dispositions édictées dans cette zone. De ce fait, nous aborderons uniquement la zone dans laquelle les normes communautaires interfèrent, à savoir le territoire de l'E.E.E., sous les conditions et réserves exprimées en titre premier. Mais il faut remarquer qu'il existe des facteurs d'extension, des facteurs de simplification dans certains secteurs d'activités. Nous verrons que les prestataires de services qui opèrent par le truchement des outils du commerce électronique subissent moins de contraintes que leurs homologues exerçant de façon classique.

298. Régime de non objection. L'article 71-7 de la loi bancaire, devenu l'article L.511-27 du code monétaire et financier, prévoit ce régime, qui est le pendant du fait que l'agrément du pays d'accueil a été supprimé pour l'implantation de succursales. En vertu de ce régime de non objection, les établissements de crédit exerçant déjà sur le sol français qui désirent s'implanter dans l'Espace Economique Européen doivent notifier leur projet d'implantation de succursale au C.E.C.E.I., qui ne peut s'y opposer que s'il a de sérieuses raisons de douter de l'adéquation des structures administratives ou de la situation financière de l'établissement demandeur. Cette liberté d'appréciation du comité ne vaut qu'en matière de liberté d'établissement et non en matière de liberté de prestation de services. Dans ce dernier cas en effet, le comité transmet les informations à l'autorité

compétente du pays d'accueil qui est tenu de s'y conformer. Il y a donc bien extraterritorialité directe du monopole bancaire tel qu'il résulte des dispositions françaises. Nous montrerons ⁵⁸⁴ que la portée de ce principe peut, à certains égards, être relativisée.

299. L'extension du territoire de l'Union européenne à l'espace économique européen concernant les monopoles des établissements de crédit. Nous avons évoqué précédemment les raisons qui expliquent l'application extraterritoriale des dispositions applicables aux monopoles bancaires au sein de l'E.E.E.. Il reste à préciser, pour mesurer l'étendue de cette zone, que géographiquement, sont membres de l'A.E.L.E. les Etats d'Islande, du Lichtenstein ⁵⁸⁵, et de la Norvège. Nous rappelons par ailleurs que l'Union européenne se compose de l'Allemagne réunifiée, de l'Autriche, de la Belgique, du Danemark, de l'Espagne, de la Finlande, de la France, de la Grèce, de l'Irlande, de l'Italie, du Luxembourg, des Pays-Bas, du Portugal, du Royaume-Uni et de la Suède ⁵⁸⁶. L'article 71-7 de la loi bancaire précitée fait bien expressément référence à l'Espace Economique européen, il est vrai, sous l'impulsion d'un Traité conclu par l'Union avec l'A.E.L.E.. Mais il n'en reste pas moins que l'article 71-7 traite, en lui-même, d'une forme d'application extraterritoriale du monopole bancaire tel qu'issu de la loi française, c'est-à-dire sous le contrôle des autorités françaises, puisqu'il l'étend à l'E.E.E..

2) L'extraterritorialité directe des monopoles financiers

300. Limitation territoriale de principe. Nous avons vu que le monopole financier s'applique à travers le territoire de l'Union européenne, et plus largement à l'Espace Economique Européen, tel que nous l'avons défini dans notre titre premier. En effet, aucune précision complémentaire quant à une application hors de l'E.E.E. ne figure dans les textes français. Il y a donc lieu d'en conclure que les autorités françaises, pour appliquer les dispositions françaises étudiées hors de l'Espace Economique Européen, ne peuvent recourir au code monétaire et financier.

301. Elargissement à l'Espace Economique Européen des dispositions communautaires applicables aux prestataires de services d'investissement. Il doit être précisé que l'article 73-II, devenu l'article L.532-17 du Code monétaire et financier, dispose que « pour l'application de la présente loi, les entreprises d'investissement dont le siège social ou la direction effective est établi dans un autre Etat partie à l'Accord sur l'Espace Economique Européen sont assimilées aux entreprises d'investissement qui ont leur siège social ou leur direction effective dans un des Etats membres de la Communauté européenne autre que la France ». Précisons également que le titre IV précité est devenu, pour partie, et à la faveur de la codification, une section II, intitulée

⁵⁸⁴ Voir *infra* n° 302 et suivants.

⁵⁸⁵ L'accord est entré en vigueur, dans cet Etat, le 1^{er} mai 1995.

⁵⁸⁶ La présente liste des Etats membres de l'Union européenne, à ce jour, ne tient pas compte des perspectives d'élargissement, dont il a été traité par ailleurs. Concernant l'Autriche, la Finlande et la Suède, ces Etats étaient membres de l'A.E.L.E. au 1^{er} janvier 1994. Ils ont ensuite intégré le camp des Etats membres de l'Union européenne, par adhésion à celle-ci, ladite adhésion étant devenue effective dès le 1^{er} janvier 1995.

« libre établissement et libre prestation de services sur le territoire des Etats partie à l'Accord sur l'Espace Economique européen ». La logique est donc identique à celle déjà rencontrée en matière d'établissements de crédit. Extension, donc, de l'extraterritorialité directe des monopoles bancaires et financiers français à l'E.E.E., à tout l'E.E.E., mais rien qu'à l'E.E.E.. Il convient d'évoquer l'existence de facteurs limitatifs, venant tempérer ce constat.

B) Les facteurs limitatifs de l'extraterritorialité directe des dispositions françaises

302. In limine – Limite spatiale de ce mécanisme d'extraterritorialité . Indépendamment de la limitation de la zone du fait des activités ou des personnes visées, et que nous aborderons, les territoires dans lesquelles l'application des dispositions étudiées peut se faire doivent être entendus ainsi que nous l'avons défini précédemment. C'est-à-dire que les zones que nous avons exclues quant à l'application territoriale doivent également l'être concernant l'application extraterritoriale. Nous voulons plus précisément parler des P.T.O.M., qui ne relèvent pas encore de la liberté de prestations de services, ainsi que les autres zones exclues expressément par le Traité de Rome. Nous observons par là que le mécanisme qui consiste à transcrire de manière expresse en droit interne les normes européennes, y compris lorsqu'elles imposent au législateur français d'appliquer sa loi hors des frontières nationales, trouve ses limites avec la zone d'application du droit communautaire sur laquelle nous ne reviendrons pas. Pour l'heure, nous distinguerons les facteurs limitatifs de l'extraterritorialité directe des monopoles bancaires français d'une part, et des monopoles financiers d'autre part.

1) Les facteurs limitatifs de l'extraterritorialité directe des monopoles bancaires français

303. Les facteurs de variation de la portée extraterritoriale directe. Les activités bancaires n'entraînent pas toutes l'application extraterritoriale directe sur les mêmes zones. En effet, la gestion des moyens de paiements, par exemple, implique que la gestion des moyens de paiement en euro puisse être opérée dans la zone euro. Par ailleurs, les activités bancaires non visées par la directive bancaire ne peuvent faire l'objet de la reconnaissance mutuelle des agréments. Ces facteurs limitatifs concernent également les personnes visées respectivement par les dispositions nationales et communautaires. De plus, le problème de la compétence de l'Etat d'accueil peut être un tempérament à l'application extraterritoriale directe des dispositions françaises. Enfin, nous évoquerons une particularité liée aux établissements de monnaie électronique.

a Les divergences quant aux définitions des activités visées.

304. Divergences des définitions françaises et communautaires des activités bancaires – définition française. Ces divergences constituent l'une des origines des limitations dont nous tentons de faire état. Il est d'abord rappelé qu'aux termes du droit français, le monopole des établissements de crédit vise ceux qui effectuent des opérations de banque à titre habituel. Il couvre un domaine d'activité désigné par le titre

^{er} du livre III du code monétaire et financier, et notamment par les articles L.311-1 et L.311-2 dudit code, anciennement les articles 1^{er} alinéa 2 et 5 de la loi bancaire. L'article L.311-1 dispose que « les opérations de banques comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement »⁵⁸⁷. L'article L.311-2 précise une liste limitative⁵⁸⁸ d'opérations connexes aux opérations de banques, qui peuvent être réalisées par les établissements de crédit. Cette liste contient : « les opérations de change ; les opérations sur or, métaux précieux et pièces ; le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeurs mobilières et de tout produit financier ; le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine ; le conseil et l'assistance en matière de gestion financière, l'ingénierie financière et d'une manière générale tous les services destinés à faciliter la création et le développement des entreprises, sous réserve des dispositions en vigueur relatives à l'exercice de certaines professions ; les opérations de location simples de biens mobiliers ou immobiliers pour les établissements habilités à effectuer des opérations de crédit-bail ». Or, l'on sait que toutes ces opérations entrent dans le champ d'application *ratione materiae* de l'interdiction prévue par le droit français.

305. Divergences des définitions françaises et communautaires des activités bancaires – définition communautaire. Comparativement à ce texte, les opérations de banques, sur le plan communautaire, ne reçoivent pas, à proprement parler, de définition. En effet, la Directive bancaire prévoit ses propres définitions, et ne s'assigne pas la même portée *ratione materiae*. En effet, une annexe I, jointe à la directive bancaire et dont nous rapportons les termes pour une meilleure commodité de lecture, définit les activités qui bénéficient de la reconnaissance mutuelle. Aux termes de cette annexe, bénéficient de la reconnaissance mutuelle les activités suivantes, « la réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables ; les prêts (Y compris notamment : le crédit à la consommation, le crédit hypothécaire, l'affacturage avec ou sans recours, le financement des transactions commerciales (forfaitage inclus) ; les crédits-bails ; les opérations de paiement ; les émission et la gestion de moyens de paiement (cartes de crédit, chèques de voyage, lettres de crédit) ; l'octroi de garanties et souscription d'engagements ; les transactions pour le compte propre de l'établissement ou pour le compte de sa clientèle sur : a) les instruments du marché monétaire (chèques, effets, certificats de dépôts, etc.), b) les marchés des changes, c) les instruments financiers à terme et options, d) les instruments sur devises ou sur taux d'intérêts, e) les valeurs mobilières ; 8. la participation aux émissions de titres et prestations de services y afférents ; 9. le conseil aux entreprises en

⁵⁸⁷ Il est immédiatement précisé que ces trois types d'opérations font l'objet de nombreuses précisions dans le code monétaire et financier. Ainsi, l'article L.311-3 définit ce qu'il convient d'entendre par moyens de paiement, à savoir tout moyen de transférer des fonds entre deux personnes. L'article L.312-2 traite de la notion de fonds reçus du public. L'article L.313-1 définit l'opération de crédit comme « tout acte par lequel une personne met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie ». Ces observations nous seront utiles pour comparer les domaines *ratione materiae* respectifs du droit interne et du droit communautaire, et dégager les activités qui sont au cœur des divergences.

⁵⁸⁸ Cet article ne fait pas en effet usage du terme « notamment » avant de procéder à l'énumération, et il ne donne surtout aucun critère d'ordre général permettant de déduire d'une situation de fait qu'elle constitue une opération connexe.

matière de structure de capital, de stratégie industrielle et des questions connexes et conseils ainsi que services dans le domaine de la fusion et du rachat d'entreprises ; l'intermédiation sur les marchés interbancaires ; la gestion ou le conseil en gestion de patrimoine ; la conservation et l'administration de valeurs mobilières ; les renseignements commerciaux ; la location de coffres ». Par ailleurs, s'agissant d'activités connexes, la directive n'en fait aucunement mention. L'on remarquera qu'il ne s'agit là que d'une liste, laquelle ne précise nullement que les activités qu'elle contient sont ou ne sont pas harmonisées, ne serait-ce que quant à leurs définitions.

306. Conséquences. Il résulte de ce qui précède que certaines activités, visées par la législation françaises, ne bénéficieront pas de la reconnaissance mutuelle des agréments. Partant, il n'y aura d'extraterritorialité des dispositions françaises que pour les établissements de crédit qui exerceraient d'autres activités, comprises dans la liste prévue par la directive bancaire. Ces activités peuvent être, par exemple, les opérations sur métaux précieux et pièces, ou encore les opérations sur moyens de paiement, la définition étant plus restrictive en droit communautaire qu'en droit national⁵⁸⁹.

b Les divergences quant aux définitions des personnes visées

307. Divergences quant aux définitions de l'établissement de crédit. Cette divergence procède de la méthode utilisée, à savoir l'harmonisation minimale. En effet, il appartient aux Etats membres d'être plus exigeants : cela implique, nous l'avons montré, une distorsion de concurrence⁵⁹⁰, ou un risque de délocalisations⁵⁹¹. Mais une forme d'insécurité juridique est également à déplorer, comme l'a bien montré Mlle le Professeur Marie-Elodie ANCEL⁵⁹² : l'harmonisation minimale laisse subsister un certain nombre d'activités pour lesquelles l'application de la reconnaissance mutuelle est discutable. Pour le droit communautaire en effet, les entreprises qui reçoivent des fonds du public et qui octroient du crédit doivent demander l'agrément⁵⁹³. Il s'agit là d'une définition cumulative, que ne retient pas le droit français puisque l'article L.511-1 du code monétaire et financier dispose que : « les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre habituel des opérations de banque au sens de l'article L.311-1 [...] ». Quant à l'article L.311-1, sa teneur a été rapportée précédemment. Ce texte ne prévoit pas un tel cumul à opérer entre les activités de réception de fonds du public et d'octroi de crédits. Ainsi, dans le cas d'entreprises spécialisées dans le crédit à la consommation, elles doivent demander l'agrément en vertu du droit français, mais ce n'est en revanche pas nécessaire

⁵⁸⁹ Voir en ce sens PARDON (J.), Les quiproquos de la reconnaissance mutuelle, *R.D.B.B.*, novembre décembre 1992, pp. 237 à 241, spécialement page 239.

⁵⁹⁰ Voir nos développements *supra* n° 232 et suivants.

⁵⁹¹ Voir nos développements *supra* n° 236..

⁵⁹² Voir ANCEL (M.É.), La fourniture de services bancaires et financiers dans l'Union européenne, *Revue Lamy de droit des affaires*, 2002, n° 53, supplément, pp. 51 à 58, spécialement pp. 57 et 58 ; voir également PARDON (J.), Les quiproquos... précité, *loc. cit.* ; voir encore SOUSI (B.), Définitions et concepts en droit bancaire européen, in *Etudes en droit bancaire et financier, Mélanges Jean PARDON*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 463 à 469.

sous l'empire des dispositions communautaires. Cela pose alors une question cruciale. Les sociétés de crédit à la consommation ayant été agréées en France peuvent-elles bénéficier de la reconnaissance mutuelle ? La réponse n'est pas aisée à formuler. Mlle ANCEL montre par ailleurs très bien la perplexité dans laquelle l'analyste peut se trouver face à ce problème, puisqu'elle envisage tantôt une réponse positive, tantôt une réponse négative⁵⁹⁴. Elle justifie sa position en ce sens que d'une part, « celui qui a franchi avec succès l'épreuve de l'agrément pour une seule activité est paré pour exercer cette activité [...] dans tous les Etats membres », mais que d'autre part, la marge de manœuvre dont dispose l'Etat membre « concerne la définition des personnes soumises à l'agrément dans l'ordre interne et non la liste des personnes bénéficiaires de la reconnaissance mutuelle à l'échelle communautaire »⁵⁹⁵. Nous tenterons d'apporter notre propre contribution à ce débat.

308. Propositions d'approfondissement du débat. Nous pourrions tenter un éclairage différent, dans le droit fil de cette réflexion. En effet, la question préalable à trancher pourrait être plutôt de savoir si la reconnaissance mutuelle concerne des personnes, ou plutôt des décisions, des techniques de contrôle ou des activités. Un premier élément de réponse est issu de l'annexe 1 de la directive bancaire, laquelle affirme que le crédit à la consommation peut bénéficier de la reconnaissance mutuelle des agréments. Si l'on s'arrête, par ailleurs, aux nombreux considérants de la directive bancaire, l'on s'aperçoit que la reconnaissance mutuelle vise des activités (considérants n° 15, 17) ou des techniques de contrôle (considérants n° 7, 48). Elle ne vise donc pas réellement, dans l'esprit du texte, des personnes. Et Mlle ANCEL l'explique très bien, par ailleurs, lorsqu'elle affirme qu'il « importe de préciser quelles activités sont couvertes par l'agrément unique car, au-delà, ce sont ces activités qui bénéficient de la reconnaissance mutuelle dans la Communauté »⁵⁹⁶. Il nous semble pourtant que le problème qu'elle soulève se pose bel et bien, et de manière cruciale, mais concernant la portée ratione personae du passeport européen⁵⁹⁷. En effet, nous rappelons que la directive bancaire

⁵⁹³ Voir la Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, J.O.C.E., n° L 126 du 26/05/2000 pp. 1 à 59, et spécialement son article 1, point 1. Ce texte définit comme étant des établissements de crédit : « une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte ». Voir sur l'importance d'une simple conjonction de coordination dans ce contexte SCHRICKE (A.), La notion d'établissement de crédit en Europe (droit européen, droit français et autres droits nationaux), Mémoire D.E.S.S., Université de Paris V, 2000, <http://www.asf-france.com/COMM/optcomm/PrixASF/MemoireSCHRICKE.pdf>.

⁵⁹⁴ Voir ANCEL (M.É.), *Op. cit.*, page 58.

⁵⁹⁵ *Ibidem, op. et loc. cit.*, voir également, dans le même sens, SOUSI-ROUBI (B.), *Droit bancaire européen*, Dalloz, Paris, 1995, spécialement n° 249 à 251. Cet auteur analyse également la reconnaissance mutuelle comme visant des personnes, or, à la lumière des nombreux considérants de la directive bancaire, il est possible d'estimer qu'elle ne vise que des activités et des techniques de contrôles.

⁵⁹⁶ Voir ANCEL (M.É.), *Juriscl. Banque et crédit*, Fasc. 1010, Opérations de banque intra-communautaires – aspects statutaires, n° 37.

prévoit, en son article 18, que : « Les États membres prévoient que les activités dont la liste figure à l'annexe I peuvent être exercées sur leur territoire, [...] par tout établissement de crédit agréé et contrôlé par les autorités compétentes d'un autre État membre, sous réserve que ces activités soient couvertes par l'agrément ». Comme la notion communautaire d'établissement de crédit est plus restrictive que la notion française, cela veut dire que le passeport européen n'est ouvert qu'aux structures qui répondent à la définition communautaire de l'établissement de crédit. De sorte que nos établissements spécialisés dans le crédit à la consommation ne pourraient avoir accès au marché communautaire dans les mêmes conditions que leurs homologues allemands. Ils seraient alors conduits à utiliser les conditions générales du Traité de Rome concernant la liberté d'établissement et de prestation de service, et donc de respecter la législation du pays d'accueil ⁵⁹⁸, alors que les mêmes structures situées dans les Etats membres dans lesquels la définition de l'établissement de crédit correspond à la vision communautaire peuvent s'en passer. Nous touchons là à un effet pervers du zèle français. Soucieuses de contrôler un plus grand nombre d'acteurs, par rapport aux exigences communautaires, ce qui est louable compte tenu des intérêts à protéger, les autorités françaises n'ont pas perçu ce risque de distorsion de concurrence ⁵⁹⁹.

c La compétence de l'autorité de l'Etat d'accueil, facteur relativement limitatif

309. Limitation par le rôle des autorités de l'Etat d'accueil. Il doit être observé, à cet égard, que l'article 19, combiné avec les articles 20, 21 et 22 de la directive bancaire, introduit une distinction majeure quant aux compétences respectives des autorités des Etats d'origine et d'accueil. Cette distinction tient au mode d'implantation ou de prestation ⁶⁰⁰. Selon le mode utilisé, les formalités requises vont varier. Ainsi, si l'établissement de crédit utilise la liberté d'établissement pour s'implanter en Allemagne, et établit une

⁵⁹⁷ Nous estimons en effet que le passeport européen n'est pas simplement une équivalence des procédures et des activités. Il est un droit d'exercer hors frontières nationales, que les Etats membres se doivent d'octroyer, d'après l'article 18 de la directive bancaire. Il est vrai qu'il est préférable que le passeport suppose au préalable la reconnaissance mutuelle des agréments, mais il ne se confond pas avec elle. La meilleure preuve en est que la directive précitée comporte cet article 18. A défaut d'un tel texte, rien n'empêcherait que les agréments des Etats membres puissent être considérés comme équivalents. Autrement dit, la reconnaissance mutuelle peut exister sans le passeport européen – cela la priverait sans doute de toute portée pratique, mais le passeport ne nous semble pas se concevoir sans la reconnaissance mutuelle des agréments.

⁵⁹⁸ *Ibidem, op. et loc. cit.*, et voir dans le même sens ROLIN JACQUEMYNS (L.) et VAN HUFFEL (M.), L'impact de la directive commerce électronique sur la réglementation européenne des services financiers, *Euredia*, 2001-2002/1, pp. 45 à 123, spécialement page 89.

⁵⁹⁹ Cette situation est appelée à évoluer : une proposition de directive est actuellement en préparation, en vue d'harmoniser les législations internes relatives au crédit à la consommation. Sur ce texte, voir GOURIO (A.), Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe, *R.D.B.F.*, 2003, dossier, pp. 128 à 147, spécialement pp. 132 à 135.

⁶⁰⁰ Voir GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire. Institutions – comptes – opérations – services*, 5^{ème} éd., Manuels Juris-classeur, Litec, Paris, 2002, n° 63-2, sur cette distinction.

succursale, il devra respecter les exigences de l'article 20 de la directive bancaire⁶⁰¹. En effet, il est prévu une information du C.E.C.E.I., qui s'il n'a aucune raison de douter de l'adéquation des structures administratives ou de la situation financière, communique des informations aux autorités de l'Etat d'accueil, pour qu'elle mette en place sa surveillance et expose les raisons d'intérêt général qui pourraient limiter l'exercice de l'activité. L'autorité de l'Etat d'accueil n'a donc, dans ce cas, qu'un rôle subsidiaire par rapport aux autorités françaises. Si notre établissement de crédit opère sous la forme de la création d'une filiale, le formalisme est un peu plus lourd. Il n'entrave cependant ni le home country control, ni le passeport européen. Certes, l'établissement de crédit doit solliciter et obtenir l'agrément auprès des autorités du pays d'accueil. Mais ces dernières ne peuvent le lui refuser si les conditions harmonisées par le droit européen sont remplies⁶⁰². Enfin, si notre établissement désire opérer par la voie de la prestation de services, une simple procédure d'information en deux temps est prévue : d'abord, l'établissement informe le C.E.C.E.I., lequel informe à son tour les autorités de l'Etat d'accueil⁶⁰³.

310. Tempéraments : les pouvoirs des autorités de l'Etat d'accueil sont subsidiaires. Il revient à l'article 22 de la directive bancaire de préciser l'étendue des pouvoirs de ces autorités. Ces pouvoirs ne concernent pas réellement la délivrance de l'agrément, puisque seules des procédures d'information sont prévues. Subsistent toutefois des pouvoirs relatifs à la collecte des informations, un pouvoir d'injonction en cas de comportement répréhensible de l'établissement de crédit, qu'il opère en prestation de services ou par voie de succursale. Au cas où ces injonctions ne seraient pas suivies d'effets, l'autorité de l'Etat d'accueil ne prononce pas les sanctions : elle informe les autorités de l'Etat d'origine, qui doivent prendre les mesures nécessaires. Si malgré cela, l'établissement de crédit n'obtempère pas, les autorités de l'Etat d'accueil, après en avoir

⁶⁰¹ Aux termes de ce texte : « Tout établissement de crédit qui désire établir une succursale sur le territoire d'un autre État membre le notifie à l'autorité compétente de l'État membre d'origine. À moins que l'autorité compétente de l'État membre d'origine n'ait des raisons de douter, compte tenu du projet en question, de l'adéquation des structures administratives ou de la situation financière de l'établissement de crédit, elle communique les informations [...] dans les trois mois à compter de la réception de toutes ces informations, à l'autorité compétente de l'État membre d'accueil et en avise l'établissement concerné. Avant que la succursale de l'établissement de crédit ne commence à exercer ses activités, l'autorité compétente de l'État membre d'accueil dispose de deux mois à compter de la réception de la communication visée au paragraphe 3 pour organiser la surveillance de l'établissement de crédit conformément à l'article 22, et pour indiquer, le cas échéant, les conditions dans lesquelles, pour des raisons d'intérêt général, ces activités doivent être exercées dans l'État membre d'accueil. Dès réception d'une communication de l'autorité compétente de l'État membre d'accueil, ou en cas de silence de la part de celle-ci, dès l'échéance du délai prévu au paragraphe 4, la succursale peut être établie et commencer ses activités ».

⁶⁰² Voir GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire. Institutions – comptes – opérations – services*, 5^{ème} éd., Manuels Juris-classeur, Litec, Paris, 2002, n° 63-2.

⁶⁰³ L'article 21 de la directive bancaire prévoit que : « Tout établissement de crédit qui désire exercer pour la première fois ses activités sur le territoire d'un autre État membre dans le cadre de la libre prestation des services notifie à l'autorité compétente de l'État membre d'origine celles des activités comprises dans la liste figurant à l'annexe I qu'il envisage d'exercer. [...] L'autorité compétente de l'État membre d'origine communique à l'autorité compétente de l'État membre d'accueil la notification visée au paragraphe 1, dans un délai d'un mois à compter de la réception de celle-ci ».

référé à celles de l'Etat d'origine, peuvent prendre les sanctions appropriées. En revanche, les autorités de l'Etat d'accueil conservent toute latitude pour prévenir ou faire cesser les infractions à des dispositions d'intérêt général en vigueur dans cet Etat. Il reste néanmoins que par principe, il revient aux autorités de l'Etat membre d'origine de contrôler les établissements de crédit et leur activité déployée à l'étranger, dans le territoire de l'E.E.E.. Ce n'est qu'en cas d'insuccès ou de carence de celles-ci à sanctionner que les autorités de l'Etat d'accueil prennent le relais, leur rôle étant, sinon, limité à une simple information. C'est ce qui a pu faire dire à M. le Professeur Dominique CARREAU que les pouvoirs des autorités de l'Etat d'accueil n'étaient que subsidiaires⁶⁰⁴.

d Le cas particulier des établissements de monnaie électronique.

311. Limitation par les activités faisant l'objet de directives transposées tardivement. Un domaine, sur ce point, attire notre attention. Il s'agit des établissements de monnaie électronique, régis par la directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000, concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements. A ce jour, cette directive a été transposée, mais avec retard. Celle-ci est en effet intervenue d'une part au moyen d'un règlement du Comité de la Réglementation Bancaire et Financière – C.R.B.F. – en date du 21 novembre 2002⁶⁰⁵, et d'autre part au moyen de la loi sur la sécurité financière, et date du 1^{er} août 2003⁶⁰⁶. L'extraterritorialité directe de leur statut français – et par conséquent des dispositions monopolistiques et des activités que ces établissements peuvent exercer – n'a alors pu se faire au sein de l'Union qu'après la transposition. Il est par ailleurs précisé que même lorsque la directive n'était pas transposée, elle jouissait d'un effet utile, qui permettait aux justiciables de se prévaloir des dispositions communautaires directement, en l'absence de toute transposition⁶⁰⁷. Cependant, la directive étudiée recèle des dispositions expresses qu'il convient d'aborder.

312. Résolution temporaire du problème par l'application de dispositions expresses de la directive sur les établissements de monnaie électronique. L'intérêt est de montrer comment la difficulté a pu être tranchée, avant que les mesures – tardives – de transposition ne soient intervenues. Il a été jugé à ce propos par la C.J.C.E. que

⁶⁰⁴ Voir en ce sens CARREAU (D.), *Juriscl. Europe*, Fasc. 1021, Banques – Harmonisation des conditions d'exercice de l'activité bancaire, Mise en œuvre des libertés bancaires communautaires, n° 15 à 18.

⁶⁰⁵ Voir ce règlement n° 2002-13, sur le site <http://www.banque-france.fr/fr/telechar/2002/crbf02-13.pdf>. A propos de ce règlement, voir WERY (E.), Monnaie électronique : l'événement caché, le journal du net, <http://www.journaldunet.com/juridique/juridique030610.shtml>, 10 juin 2003 ; ou, du même, Le droit français intègre les directives européennes sur la monnaie électronique, <http://www.droit-technologie.org>, 30 avril 2003.

⁶⁰⁶ Voir J.O. n° 177, du 2 août 2003, pp. 13220.

⁶⁰⁷ Voir en ce sens nos développements sur l'effet direct des directives non transposées, mis en évidence par les décisions EMMOTT et Mac DERMOTT & COTTER, *infra* n° 318. Voir également les développements consacrés à cette question par M. le Professeur Joël RIDEAU, in RIDEAU (J.), *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Manuel, 4^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2002, page 836.

lorsque les dispositions de la directive s'y prêtent, l'invocabilité peut être de substitution dans la mesure où la Cour considère que la directive peut être appliquée par elle-même en l'absence de transposition ou en cas de transposition incorrecte⁶⁰⁸. Les établissements de monnaie électronique qui se seraient constitués dans le strict respect des conditions prévues par la directive pouvaient se prévaloir de ce texte. C'est, du reste, ce qui résulte des dispositions de l'article 9, aux termes duquel : « Les établissements de monnaie électronique qui relèvent de la présente directive et ont commencé leur activité sous le régime applicable dans l'État membre où se situe leur administration centrale, avant la date d'entrée en vigueur des dispositions adoptées en application de la présente directive ou avant la date visée à l'article 10, paragraphe 1, si celle-ci survient entre-temps, sont présumés agréés. Les États membres exigent de ces établissements qu'ils présentent aux autorités compétentes toutes les informations pertinentes afin de leur permettre d'établir, dans les six mois à compter de la date d'entrée en vigueur des dispositions adoptées en application de la présente directive, si les établissements satisfont aux exigences de la présente directive, de déterminer les mesures à prendre pour assurer le respect de ces exigences ou de décider de l'opportunité d'un retrait de l'agrément. Si le respect de ces exigences n'est pas assuré dans les six mois à compter de la date visée à l'article 10, paragraphe 1, l'établissement de monnaie électronique concerné ne bénéficie plus de la reconnaissance mutuelle après cette date ». L'article 10 précise notamment le délai de transposition, à savoir le 27 avril 2002. Dès lors, la solution au problème visé était une forme de reconnaissance mutuelle subordonnée au respect de conditions, assortie d'un délai pour faire évoluer le droit interne, et pour que les entreprises puissent se conformer à l'évolution de la réglementation. Il en résulte donc que la méthode adoptée par le législateur français pour encadrer la création des établissements de monnaie électronique s'applique hors des frontières nationales, par application d'une directive non transposée, jusqu'au 27 novembre 2002. Passé cette date, et à défaut, pour l'Etat membre, d'avoir adapté la réglementation interne, ou à défaut, pour l'entreprise, de s'être conformée à la nouvelle réglementation, la reconnaissance mutuelle ne recevait plus application, jusqu'à la transposition effective, laquelle est intervenue par étapes.

313. La transposition par étapes. La transposition en droit français de la directive sur les établissements de monnaie électronique est intervenue dans les conditions que nous avons décrites. La première étape, le règlement du C.R.B.F., a assuré in extremis la transposition, à la date du 21 novembre 2002, pour une date butoir du 27⁶⁰⁹ ... Il est observé que ce texte n'a été homologué que le 10 janvier 2003 par un arrêté du Ministre de l'économie et des finances⁶¹⁰. Le législateur, quant à lui, a rendu sa copie tardivement. Un complément de cette transposition a en effet été opéré par l'article 70 de

⁶⁰⁸ Voir RIDEAU (J.), *op. et loc. cit.*, et voir C.J.C.E., 4 décembre 1997, Kampelmann et autres c/ Landschaftsverband Westfalen-Lippe et autres, Aff. Jointes C-253/96 à C-258/96, Rec. page I-6907.

⁶⁰⁹ Dans le cadre du contrôle de l'application du droit communautaire, une lettre de mise en demeure a été adressée par la Commission en juin 2002. Voir <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/fr/200206/p108002.htm>. Cette lettre a été suivie d'un avis motivé de cette institution, en décembre 2002, pour non communication des mesures nationales d'exécution. Voir <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/fr/200212/p109002.htm>.

la loi dite « de sécurité financière », du 1^{er} août 2003. Cette transposition par degrés suscite certaines questions : peut-on effectivement considérer que le règlement du C.R.B.F. était un instrument destiné à transposer une directive ? Y est-il parvenu ? Le contenu du règlement suffit-il à transposer la directive ? Pourquoi être à nouveau intervenu dans le cadre de la loi de sécurité financière si la transposition était effectivement opérée ? L'enjeu de ces questions n'est pas purement théorique : la date de la transposition effective et les conditions dans lesquelles les établissements de monnaie électronique implantés en France peuvent bénéficier de la reconnaissance mutuelle des agréments pourraient en dépendre. Cependant, nous allons voir que seul le règlement du C.R.B.F. constitue en soi le véritable instrument de transposition, la loi ne réglant qu'un aspect particulier qui n'avait pas été évoqué par ledit règlement⁶¹¹.

314. Le règlement n° 2002-13 du C.R.B.F., principal instrument de la transposition. De prime abord, la directive concernée figure dans les visas de ce règlement. Qui plus est, comme le remarque M. le Professeur Denys SIMON, « A priori, la sélection de la règle nationale qui doit être adoptée semble relever de la compétence quant à la forme et aux moyens reconnue aux Etats membres par l'article 189 du Traité de la C.E. »⁶¹². L'auteur précise cependant que même si les Etats membres sont libres d'utiliser l'instrument qui leur semble le plus approprié pour transposer une directive, cette liberté doit être considérée comme surveillée⁶¹³, en ce sens que l'instrument choisi doit permettre la réalisation des objectifs poursuivis par la directive et que l'Etat membre ne soit pas tenu de recourir à la loi⁶¹⁴. En l'espèce, la transposition a été effectivement recherchée par ce règlement⁶¹⁵. De plus, son contenu invite à affirmer que son objet était

⁶¹⁰ Voir J.O. n° 27 du 01/02/03, page 2003. L'arrêté comporte, en annexe, le texte du règlement dont il s'agit.

⁶¹¹ Ce texte a augmenté l'article L.511-7 du Code monétaire et financier d'un II. Celui-ci dispose que : « *Le Comité des Etablissements de crédit et des entreprises d'investissement peut exempter d'agrément une entreprise exerçant toute activité de mise à disposition ou de gestion de moyens de paiement lorsque ceux-ci ne sont acceptés que par des sociétés qui sont liées à cette entreprise [...] ou par un nombre limité d'entreprises qui se distinguent clairement par le fait qu'elles se trouvent dans les mêmes locaux ou dans une zone géographique restreinte ou par leur étroite relation financière ou commerciale avec l'établissement émetteur [...]* ». L'alinéa 3 précise, dans ce contexte, les conditions d'exemption concernant les établissements de monnaie électronique, puisque un montant maximal de chargement du support électronique, un plafond unitaire des capacités de chaque transaction ainsi qu'un rapport d'activité sont exigés.

⁶¹² Voir SIMON (D.), Rep. Dalloz Communautaire, V° Directive, n° 32 et suivants.

⁶¹³ *Ibidem*, op. et loc. cit..

⁶¹⁴ Obligation est faite aux Etats membres de transposer une directive par le moyen d'une loi lorsque la directive intervient dans un domaine réservé par le droit constitutionnel national à la compétence législative. C'est notamment le cas du domaine de l'article 34 de la Constitution Française du 4 octobre 1958, ou bien l'hypothèse dans laquelle la transposition doit donner lieu à l'édiction de sanctions pénales. Voir en ce sens SIMON (D.), Op. cit., n° 33..

⁶¹⁵ Voir pour un exposé de la transposition COMMISSION BANCAIRE, Bulletin n° 28, Avril 2003, pp. 23 à 28 ; qui plus est, la directive 2000/46 figure dans les visas du règlement. Voir J.O. n° 27 du 01/02/2003 précité.

bien d'aligner les dispositions internes sur celles de la directive. Pour notre propos, la transposition permet de déduire l'application extraterritoriale des textes français depuis qu'elle est entrée en application. En effet, aux termes de l'article 19, § 3 du règlement, les établissements exemptés de certaines obligations prévues aux articles 13 à 18 « ne peuvent exercer leur activité sur le territoire d'autres Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen en application des articles L.511-27 et L.511-28 du Code monétaire et financier ». Par raisonnement a contrario, et à défaut de toute autre précision dudit règlement, l'exercice sur le territoire de l'E.E.E. est possible pour les établissements non exemptés.

315. Une limitation particulière : la conjonction des directives « commerce électronique » et « établissements de monnaie électronique ». La directive 2000/46 précitée contient une précision utile. Il est en effet prévu que les Etats membres peuvent autoriser certains établissements, dans des conditions limitativement énumérées, à ne pas appliquer tout ou partie des dispositions de la directive bancaire. Deux conséquences découlent de cette situation. D'une part, la directive sur les établissements de monnaie électronique indique expressément que dans le cas où un établissement de monnaie électronique a bénéficié de ce régime particulier, il ne peut plus bénéficier de la reconnaissance mutuelle prévue par la directive bancaire⁶¹⁶. D'autre part, la directive sur le commerce électronique, dans cette hypothèse, permet aux Etats membres de restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre⁶¹⁷.

2) Les facteurs limitatifs de l'extraterritorialité directe des monopoles financiers français

316. Présentation des différents facteurs. D'abord, les activités financières non visées par la directive sur les services d'investissement en son état actuel ne peuvent faire l'objet de la reconnaissance mutuelle des agréments. Ensuite, le droit français n'a pas la même portée *ratione personae* que le droit communautaire, à l'instar de ce que peuvent contenir les dispositions applicables au secteur bancaire. De plus, la compétence des autorités de l'Etat d'accueil rendra un peu moins automatique l'application extraterritoriale directe des dispositions françaises. Enfin, les directives en préparation, par définition non transposées, ajouteront une difficulté supplémentaire, d'autant plus cruciale qu'elle ne se présente pas tout à fait dans les mêmes termes que concernant les établissements de crédit.

a Limitation de la portée extraterritoriale par la portée *ratione materiae* des monopoles financiers.

317. Présentation du problème. Le phénomène dont il est ici question est celui que nous avons rencontré à propos du monopole bancaire. En effet, là encore, les définitions

⁶¹⁶ Voir l'article 8, paragraphe 2 de la directive n° 2000/46/CE.

⁶¹⁷ Cela résulte des dispositions combinées de l'article 3, paragraphes 2 et 3, et de l'annexe de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, dite directive « commerce électronique ».

françaises et communautaires des activités couvertes par ces monopoles divergent. Nous proposons de montrer comment se matérialisent ces divergences, et comment elles affectent la portée extraterritoriale directe des dispositions françaises consacrées aux monopoles des prestataires de services d'investissement.

318. Divergences des définitions françaises et communautaires des activités financières – définition française. Les services financiers et leurs services connexes, clef de voûte de la loi M.A.F., et domaine réservé des prestataires de services d'investissements – et des établissements de crédit – sont définis au sein du titre II du livre III du code monétaire et financier. Les principaux articles intéressant notre propos sont les articles L.321-1 et L.321-2 du code précité. Le premier de ces textes dispose que : « les services d'investissement portent sur les instruments financiers énumérés à l'article L.211-1 et comprennent la réception et la transmission d'ordres pour le compte de tiers ; l'exécution d'ordres pour le compte de tiers, la négociation pour compte propre, la gestion de portefeuille pour le compte de tiers, la prise ferme, le placement ». L'article L.321-2, quant à lui, prévoit une liste limitative⁶¹⁸ de services connexes. Ce texte dispose en effet que : « Les services connexes aux services d'investissement comprennent : la conservation ou l'administration d'instruments financiers ; l'octroi de crédits ou de prêts à un investisseur pour lui permettre d'effectuer une transaction qui porte sur un instrument financier et dans laquelle intervient l'entreprise qui octroie le crédit ou le prêt ; le conseil en gestion de patrimoine ; la fourniture de conseil aux entreprises en matière de structure de capital, de stratégie industrielle et de questions connexes ainsi que de services concernant les fusions et le rachat d'entreprises ; les services liés à la prise ferme ; les services de change lorsque ceux-ci sont liés à la fourniture de services d'investissement ; la location de coffres-forts ». De son côté, la Directive sur les services d'investissements a prévu ses propres définitions, sensiblement différentes et plus complexes que celles qui viennent d'être rapportées.

319. Divergences des définitions françaises et communautaires des activités financières – définition communautaire. En effet, la directive sur les services d'investissement a également ses définitions propres, contenues dans son annexe, dont nous rapportons les termes là encore pour faciliter la lecture. Ce document est scindé en trois parties, l'une étant consacrée aux prestations, c'est-à-dire les services fournis, la seconde est relative aux instruments concernés et la troisième dresse la liste des services auxiliaires. La première partie de l'annexe, la section A, dispose que sont considérés comme des services : « 1. a) Réception et transmission, pour le compte d'investisseurs, d'ordres portant sur un ou plusieurs instruments visés à la section B. b) Exécution de ces ordres pour le compte de tiers. 2. Négociation pour compte propre de tout instrument visé à la section B. 3. Gestion, sur une base discrétionnaire et individualisée, de portefeuilles d'investissement dans le cadre d'un mandat donné par les investisseurs lorsque ces portefeuilles comportent un ou plusieurs des instruments visés à la section B. 4. Prise ferme en ce qui concerne les émissions de tout ou partie des instruments visés à la

⁶¹⁸ En l'absence, là encore, dans ce texte, de l'adverbe « notamment » et d'une quelconque définition permettant à un juge éventuellement saisi de déduire logiquement ce qu'est une opération connexe. Cela résulte, et l'observation vaut également pour les activités connexes aux opérations de banque, d'une volonté du législateur, qui ne semble pas entendre que les juges du fond puissent avoir un quelconque pouvoir d'appréciation sur ces deux notions.

section B et/ou placement de ces émissions ». La section B, précise que sont des instruments financiers : « 1. a) Valeurs mobilières. B) Parts d'un organisme de placement collectif. 2. Instruments du marché monétaire. 3. Les contrats financiers à terme (futures) y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèces. 4. Les contrats à terme sur taux d'intérêt (FRA⁶¹⁹). 5. Les contrats d'échange (swaps) sur taux d'intérêt, sur devises ou les contrats d'échange sur des flux liés à des actions ou à des indices d'actions (equity swaps). 6. Options visant à acheter ou à vendre tout instrument relevant de la présente section de l'annexe, y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèces. Sont comprises en particuliers dans cette catégorie les options sur devises et sur taux d'intérêt ». Enfin, la section C considère comme étant des services auxiliaires les opérations suivantes : « Conservation et administration pour un ou plusieurs instruments énumérés à la section B. 2. Location de coffres. 3. Octroi de crédits ou de prêts à un investisseur pour lui permettre d'effectuer une transaction sur un ou plusieurs instruments énumérés à la section B, transaction dans laquelle intervient l'entreprise qui octroie le crédit ou le prêt. 4. Conseil aux entreprises en matière de structure du capital, de stratégie industrielle et de questions connexes et conseils ainsi que services concernant les fusions et le rachat d'entreprises. 5. Services liés à la prise ferme. 6. Conseils en investissement portant sur un ou plusieurs instruments énumérés à la section B. 7. Service de change lorsque ce service est lié à la fourniture de services d'investissement ». Il est observé que les services auxiliaires ne peuvent à eux seuls bénéficier de l'agrément prévu par la D.S.I.. En effet, d'après l'article 3-1 de ce texte, ils doivent être fournis, pour obtenir ce bénéfice, conjointement avec des services visés dans la section A. Comme le relève la proposition de directive formulée par la Commission en date du 19 novembre 2002⁶²⁰, les seuls services pouvant bénéficier de la reconnaissance mutuelle des agréments incluent le courtage, la négociation, la gestion individuelle de portefeuille, la réception et la transmission d'ordres passés par des investisseurs et les activités de prise ferme/de placement. En outre, la D.S.I. a garanti le droit de toute entreprise d'investissement agréée de participer, directement ou à distance, au processus de négociation ayant lieu sur les bourses de valeurs/les marchés réglementés d'autres États membres⁶²¹.

320. Conséquences. Cette disparité de définitions conduit à ce que les prestataires qui exercent dans un domaine d'activité non visé par la Directive ne peuvent bénéficier du

⁶¹⁹ F.R.A. signifie Forward Rate Agreement, ou Future Rate Agreement. C'est un contrat à terme ferme de taux d'intérêt, une technique qui permet de fixer à l'avance le taux d'intérêt d'un emprunt ou d'un prêt futur. Elle procure à l'acquéreur une garantie de taux. Il peut être traité de gré à gré (Forward Rate Agreement) ou sur un marché organisé (Future Rate Agreement). Voir sur cette technique COURET (A), DEVÈZE (J.) et HIRIGOYEN (G.), *Droit du financement*, Lamy, 2002, n° 1828 et 1829.

⁶²⁰ Voir la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les services d'investissement et les marchés réglementés, et modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil, ainsi que la Directive 2000/12/CE du Parlement Européen et du Conseil, COM (2002) 625 final, 2002/0269 (COD), page 4. Voir sur cette directive DAS MERCES (G.), La refonte de la directive sur les services d'investissement, *Lamy droit du financement*, Bull. n° 138, février 2003, pp. 1 à 4 ; VARII AUCTORES, Services d'investissement : la nouvelle organisation des marchés, Dossier, *Banque magazine*, 2003, pp. 19 à 33 ; sur le temps que prend une refonte, et sur sa nécessité à terme, voir FÈVRE (J.P.), Les objectifs et les solutions de la directive 93-22/C.E.E., *P.A.*, 1996, n° 5, pp. 12 et s.

passaport européen, et, partant, doivent passer par les dispositions générales du Traité de Rome pour exercer hors de France, à l'intérieur de l'Espace Economique Européen. Nous verrons que cette situation peut être tempérée lorsque nous aborderons l'importance du mode de distribution employé, et plus précisément en cas de distribution par la voie d'Internet⁶²².

b Le problème de la compétence des autorités de l'Etat d'accueil.

321. Limitation par la compétence subsidiaire des autorités de l'Etat d'accueil.

L'article 17 de la Directive sur les Services d'Investissement, combiné avec les articles 18 et 19, établit⁶²³, sur ce plan, un système similaire à celui de la directive bancaire. S'y retrouvent d'abord la distinction de régimes entre constitution de succursale, création de filiale, et exercice par voie de prestation de services. Ces textes prévoient également, et strictement, la même démarche concernant les succursales, c'est-à-dire que les autorités de l'Etat d'accueil ne sont d'abord que des destinataires d'informations. Ce n'est qu'à défaut d'intervention ou en cas d'insuccès des autorités de l'Etat d'origine qu'elles retrouvent un réel pouvoir de sanction. Un dispositif similaire à celui applicables aux établissements de crédit est prévu concernant les filiales, c'est-à-dire que cette dernière doit être agréée par les autorités de l'Etat d'accueil, sans possibilité pour celles-ci de le refuser en cas de respect des conditions harmonisées. A cet égard, la directive M.I.F. nouvellement promulguée prévoit un accroissement des compétences des autorités de l'Etat d'accueil. En effet, à l'égard des établissements de crédit qui, agréés en vertu de la directive bancaire, fournissent un ou plusieurs services d'investissement et/ou exercent une ou plusieurs activités d'investissement ainsi que les entreprises d'investissement⁶²⁴,

⁶²¹ Cette situation devrait perdurer jusqu'au 30 avril 2006. En effet, la nouvelle directive M.I.F. promulguée le 30 avril 2004, et entrant en vigueur à cette date, ne prévoit l'abrogation de la D.S.I. que 24 mois après cette entrée en vigueur. Après cette date, une nouvelle annexe, plus large que celle citée ici, s'appliquera. Cette annexe ajoute aux cas déjà évoqués – légèrement élargis – au titre des services et activités d'investissement, celles de conseil en investissement, de placement d'instruments financiers sans engagement ferme, ainsi que l'exploitation d'un système multilatéral de négociation. Par ailleurs, l'annexe B, prévoit une liste plus large de services auxiliaires. Enfin, l'annexe C, récapitule les instruments financiers. Voir ce texte au J.O.C.E. n° L. 145 du 30 avril 2004, page 41.

⁶²² Voir *infra* n° 308 à 310.

⁶²³ L'article 17 de la D.S.I. dans sa version actuelle prévoit que « *En plus des conditions prévues à l'article 3, toute entreprise d'investissement qui désire établir une succursale sur le territoire d'un autre Etat membre le notifie aux autorités compétentes de l'Etat membre d'origine. [...] À moins que les autorités compétentes de l'Etat membre d'origine n'aient des raisons de douter, compte tenu du projet en questions, de l'adéquation des structures administratives ou de la situation financière de l'entreprise d'investissement, elles communiquent les informations visées au paragraphe 2, dans les trois mois à compter de la réception de toutes ces informations, aux autorités compétentes de l'Etat membre d'accueil et en avisent l'entreprise d'investissement concernée. [...] Avant que la succursale de l'entreprise d'investissement ne commence à exercer ses activités, les autorités compétentes de l'Etat membre d'accueil disposent de deux mois à compter de la réception des informations visées au paragraphe 3 pour organiser la surveillance de l'entreprise d'investissement conformément à l'article 19 et pour indiquer, le cas échéant, les conditions, y compris les règles de conduite, dans lesquelles, pour des raisons d'intérêt général, ces activités doivent être exercées dans l'Etat membre d'accueil.* ».

l'article 32-7 de cette directive dispose que : « Il incombe à l'autorité compétente de l'Etat membre où se trouve la succursale de veiller à ce que les services fournis par la succursale sur son territoire satisfassent aux obligations prévues aux articles 19, [protection des investisseurs] 21 [obligation d'exécuter les ordres aux conditions les plus favorables pour le client], 22 [Règles de traitement des ordres des clients], 25 [obligation de préserver l'intégrité du marché, de déclarer les transactions conclues et d'en conserver un enregistrement], 27 [obligation pour les entreprises d'investissement de rendre publics les prix fermes] et 28 [transparence assurée par les entreprises d'investissement après la négociation]... »

c Le problème des directives non transposées.

322. Présentation du problème. La D.S.I. a été abrogée, et la directive M.I.F. est venue la remplacer. Dès lors, un problème particulier se pose, et il est un peu plus complexe que lorsque nous l'avons soulevé en matière d'établissements de monnaie électronique⁶²⁵. En effet, ces derniers ne faisaient l'objet d'aucun texte communautaire particulier avant la directive qui leur a été consacrée. Aussi pouvions nous conclure, en vertu d'une disposition expresse de la directive, que lorsque la transposition est survenue, les textes nationaux édictés à cette fin se sont appliqués sur le territoire communautaire sous certaines conditions, et qu'avant cette date les établissements étaient réputés bénéficier de la reconnaissance mutuelle des agréments. Or, s'agissant des entreprises d'investissement, les données sont quelque peu différentes. Nous aurons, *ratione temporis*, une succession de deux directives prévoyant l'une et l'autre l'application extraterritoriale – certes limitée – de dispositions internes, mais dans des conditions distinctes, notamment quant aux activités couvertes. Or, il est possible de s'interroger sur les dispositions applicables dans l'attente de la transposition de la directive nouvelle, si elle doit voir le jour. L'ancienne D.S.I. survivra-t-elle dans l'attente de la transposition ? Y aura-t-il une période sans extraterritorialité ? Il semble que la D.S.I. survive effectivement, 24 mois après l'entrée en vigueur de la directive 2004/39, selon les termes de l'article 69. Cela signifie donc que deux directives cohabiteront entre l'entrée en vigueur de la nouvelle directive – le 30 avril 2004 – et la date de prise d'effet de l'abrogation de l'ancienne – le 30 avril 2006. Dès lors, si la D.S.I. survit effectivement, il semble que la nouvelle directive puisse s'appliquer, par la théorie dite de l'effet utile des directives.

323. Présentation de l'effet utile des directives. Certains arrêts de la C.J.C.E. sont intéressants, car ils permettent d'avancer une solution au problème posé⁶²⁶. Il s'agit de l'arrêt *Mac DERMOTT & COTTER*⁶²⁷, dont l'analyse sera combinée avec celle de l'arrêt *EMMOTT*⁶²⁸, répondant à une question préjudicielle. Dans cette dernière espèce, la question préjudicielle posée était, schématiquement, celle de savoir si une disposition de

⁶²⁴ Voir article 1 de la directive pour le champ d'application, qui vise expressément l'article 32 comme devant s'appliquer aux établissements de crédit.

⁶²⁵ Voir *supra* n° 311 et suivants.

⁶²⁶ Les deux espèces présentées ci-après ne sont pas les seules à trancher cette question. Le lecteur pourra se reporter, sur ce point, à l'ouvrage de RIDEAU (J.), *Op. cit.*, page 834.

droit national (sur des délais pour exercer l'action en justice) pouvait être invoquée par l'Etat objet de l'action d'un particulier pour écarter l'application du droit communautaire non encore transposé correctement, mais à propos duquel un arrêt antérieur de la CJCE – en l'occurrence l'arrêt *Mc DERMOTT* et *COTTER* précité – était venu préciser qu'un particulier pouvait l'invoquer pour écarter son propre droit national non conforme et pour se voir appliquer directement le droit communautaire. Dans cet arrêt *EMMOTT*, la Cour a estimé que : « le droit communautaire s'oppose à ce que les autorités compétentes d'un Etat membre invoquent les règles de procédure nationales [...] aussi longtemps que cet Etat membre n'a pas transposé correctement les dispositions de cette directives dans son ordre juridique interne ». A lire ce dispositif, il semblerait qu'un effet direct vertical – autrement qualifié d'effet utile – soit reconnu avant toute transposition correcte, indépendamment, même, de tout écoulement du délai de transposition. En effet, tant que l'Etat membre n'a pas transposé – correctement – une directive, il ne peut recourir aux dispositions de son droit interne pour faire échec à une action en justice exercée sur le fondement de la directive. Cet effet direct ou utile est d'abord une annihilation des dispositions nationales par le texte non transposé ou incorrectement transposé. La motivation en est que la transposition incorrecte de la directive ne permet pas aux justiciables de connaître leurs droits. La Cour a suivi le rapport d'audience de T. F. O'HIGGINS, juge rapporteur, qui parle d'effet utile plus que d'effet direct. Les conclusions de l'Avocat Général Jean MISCHO vont dans le même sens quant au résultat, mais participent d'une construction radicalement différente. Pour lui, le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une règle de procédure puisse s'appliquer à propos d'une action menée en vertu du droit communautaire, mais sous réserve que ces mêmes délais s'appliquent à des actions menées sur le fondement du droit interne (sorte de réciprocité ou de parallélisme des formes), que ces délais soient raisonnables, et que l'autorité compétente n'ait pas empêché le justiciable d'exercer ses droits. A notre sens, il faut considérer indivisément les deux décisions qui forment un tout. Cet ensemble suscite une double manifestation de l'effet direct, parce que la seconde décision vient en réaction par rapport à la première. D'abord, l'arrêt *Mac DERMOTT* est venu permettre l'application directe d'un texte communautaire incorrectement transposé, par éviction du droit national non conforme d'une part, et par le droit reconnu d'appliquer directement le texte européen « seul système de référence valable »⁶²⁹. D'autre part, l'arrêt-*EMMOTT* est venu empêcher qu'un Etat ne contournât l'apport du premier arrêt par l'utilisation de règles de procédure internes, dont l'application est subordonnée à la transposition correcte (effet direct d'éviction, et manifestation ostensible d'un pouvoir de contrôle-qualité...).

324. Mise en œuvre de l'effet utile aux monopoles financiers. La situation à

⁶²⁷ Voir C.J.C.E., 24 mars 1987, *Mc DERMOTT* et *COTTER* c/ Minister for Social Welfare et Attorney-General, Aff. 286/85, Rec. 1987 page 1453.

⁶²⁸ Voir C.J.C.E. 25 juillet 1991, *EMMOTT*, Aff. C-208/90, Rec. 1991/7/I-4269. La portée pratique de cet arrêt a été, par la suite, minimisée, notamment par un arrêt de la C.J.C.E., en date du 2 décembre 1997, *Fantask A/S et autres* c/ Industriministeriet (Erhvervministeriet), Aff. C-188/95, Rec. 1997 page I-6783. Mais le principe qu'il a posé reste toutefois applicable.

⁶²⁹ C'est le texte du dispositif de l'arrêt *Mac DERMOTT*, inclus dans la question préjudicielle, page I-4277.

étudier est celle dans laquelle un prestataire français souhaiterait, en vertu de la nouvelle directive, mais dont l'activité n'était pas couverte par l'ancienne, prester dans un autre Etat membre de l'Union. Supposons que les autorités de l'Etat d'origine, voire celles de l'Etat d'accueil, refusent de faire bénéficier ledit prestataire de la reconnaissance mutuelle. En conséquence de ce qui précède, la nouvelle D.S.I., aussitôt adoptée, pourra être invoquée directement. Et ce même si les autorités d'un Etat membre, intervenant à quelque titre que ce soit, excipent des dispositions des dispositions nationales en accord avec l'ancienne directive ⁶³⁰. Il a même été jugé par la C.J.C.E. qu'une directive non transposée ou incorrectement transposée était directement invocable « à l'encontre d'un organisme qui, quelle que soit sa forme juridique, a été chargé, en vertu d'un acte de l'autorité publique, d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers » ⁶³¹. Ces directives peuvent également suppléer le droit national contraire lorsque leurs dispositions ont un caractère suffisamment inconditionnel et précis ⁶³².

325. Conclusions sur l'extraterritorialité directe des dispositions françaises. Elle résulte toujours du fait que les textes sont exprès. Mais ce caractère est systématiquement conféré par l'intégration en droit interne de normes supranationales. L'intégration des directives est une obligation à la charge des Etats membres. Et compte tenu du fait que l'un des phénomènes à intégrer était la reconnaissance mutuelle des agréments, les textes issus de la transposition ne pouvaient que devenir exprès sur leur application au sein du territoire de l'Union européenne. La logique n'est pas tout à fait la même à propos de l'accord sur l'Espace Economique Européen. Nous préférons parler, dans ce cas, de « réception », car le législateur français ne semblait pas obligé par un texte quelconque d'apporter la précision de l'application au sein de l'Espace Economique Européen, si ce n'est pour des raisons de lisibilité. A défaut de cette intégration, en d'autres termes, de cette acculturation du droit français par des dispositions supranationales, nous serions systématiquement dans des hypothèses d'extraterritorialité indirecte. En effet, nous avons montré dans notre titre premier qu'il n'était pas dans les préoccupations du législateur de fixer le champ d'application territoriale, et encore moins extraterritoriale, des dispositions qu'il édicte ⁶³³. C'est donc bien par un mécanisme de réception que le droit français devient exprès sur l'étendue géographique qu'il couvre. Partant de ce constat, c'est parce qu'il s'est soumis à des dispositions internationales ou

⁶³⁰ Voir en ce sens C.J.C.E., 26 février 1986, Marshall c/Southampton and Southwest Hampshire Area Health Authority, Aff. 152/84, Rec. p. 723.

⁶³¹ Voir C.J.C.E., 12 juillet 1990, Foster et autres c/British Gas, Aff. C-188/89, Rec. p. I-3313.

⁶³² Voir par exemple C.J.C.E., 23 novembre 1977, Enka c/Inspecteur der invoerrechten en accijnzen, Aff. 38/77, Rec. p. 2203.

⁶³³ M. le Professeur JACQUET pouvait dire, avec raison, en 1985, que « rares sont les lois de pur droit privé qui, prenant en considération des situations se déroulant à l'étranger, imposent directement et explicitement aux personnes, nationaux ou même non nationaux, qui prendraient part à cette situation juridique ». Voir JACQUET (J.M.), *Op. cit.*, page 348. Mais il nous semble que le mécanisme de transpositions des directives communautaires conduit à une certaine remise en question de cette affirmation.

communautaires que le législateur a permis aux établissements de crédit et aux prestataires de services d'investissement de pouvoir se prévaloir de leur statut de droit interne dans une zone étrangère. Cependant, cette zone est tout à la fois doublement limitée et étendue. Elle est d'abord limitée par les activités susceptibles d'être exercées à l'étranger sans disposer d'une autre autorisation que celle reçue des autorités françaises. Autrement dit, le champ d'application *ratione materiae* conditionne le champ d'application *ratione loci*. Elle l'est ensuite parce que certaines personnes ne peuvent bénéficier de cette possibilité, parce que les définitions françaises et communautaires des notions d'établissements de crédit ou de prestataires de services d'investissements ne coïncident pas. Dans ces conditions, c'est au tour du champ d'application *ratione personae* de conditionner le champ d'application *ratione loci*. Par ailleurs, elle est étendue à l'Espace Economique Européen du fait de la mention expresse fait à cet effet par le droit interne. Mais, pour être complet sur ce dernier point, il faut comprendre que si le droit français s'est plié aux exigences communautaires quant à cette extension, c'est parce que les dispositions du droit communautaire applicables aux monopoles bancaires et financiers s'appliquent également hors des frontières de l'Union européenne. Cependant, il y a lieu de préciser que cette extraterritorialité ne saurait être directe que de manière tout à fait exceptionnelle. Nous allons étudier pourquoi.

Section 2. L'exceptionnelle extraterritorialité directe des dispositions communautaires.

326. Plan. Le présent développement a pour objet de montrer que même si les dispositions communautaires sont expresses quant à leur application territoriale, il n'en va pas de même de leur application extraterritoriale. Cela permettra de préciser qu'un banquier ou un prestataire de services d'investissement qui souhaiterait exercer son activité hors de l'Union européenne ne pourra le faire qu'en se conformant à la législation du pays d'accueil, sauf cas très particulier, et sauf à recourir à l'une des hypothèses d'extraterritorialité indirecte que nous évoquerons plus longuement dans notre second chapitre. Pour démontrer que les dispositions communautaires ne peuvent s'appliquer hors Union européenne en vertu de dispositions expresses, il faut rechercher les raisons qui ont conduit au silence des textes. En d'autres termes, il faut s'interroger sur la nature des textes pour expliquer leur absence d'extraterritorialité directe, laquelle se traduira dans leur contenu.

§ - 1 Justifications par la nature des textes.

327. Présentation du problème. Il a été relevé que la plupart des auteurs contemporains estiment qu'aucune règle impérative de droit international ne limite a priori le domaine spatial des normes matériellement territoriales qui dépendent, pour leur application, d'éléments situés hors du territoire de l'Etat qui les édicte⁶³⁴. Nous n'entendons pas remettre en cause cette affirmation, dans la mesure où les deux types d'extraterritorialité,

⁶³⁴ Voir GROUX (J.), Territorialité et droit communautaire, *R.T.D.Eur.*, 1987, 1987, pp. 5 à 31, spécialement page 7. Voir également JACQUET (J.M.), La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international, *Clunet*, 1985, pp. 327 à 405, spécialement page 367, note 84.

directe et indirecte, n'y sont pas distingués. Nous souhaitons simplement établir que si les dispositions communautaires doivent s'appliquer en dehors du territoire de l'Espace Economique Européen, ce ne peut être de manière directe. La réunion de trois raisons l'interdit : d'abord, l'application territoriale est prévue de manière expresse, ainsi que nous l'avons démontré. Nous n'y reviendrons donc pas, sauf à préciser que puisque les dispositions communautaires étaient expresses quant à leur application territoriale, rien n'empêchait les rédacteurs des normes concernées de prolonger ce caractère exprès aux applications extraterritoriales. Or, il n'en a rien été. Ensuite, les textes communautaires reposent sur des fondements de droit international, dont nous verrons qu'ils ne leur permettent pas, eu égard à la nature des textes en cause, de revendiquer une application extraterritoriale per se, c'est-à-dire de manière directe ou expresse. Enfin, il n'existe pas de mécanismes supranationaux susceptibles de contraindre l'Union à modifier ses propres textes, à l'inverse du mécanisme de transposition des directives au sein des dispositions françaises. Nous reprendrons successivement ces deux dernières raisons.

A) Fondements internationaux.

328. L'importance des fondements internationaux du droit communautaire. Nous souhaitons montrer, en nous appuyant notamment sur les travaux de M. le Professeur Alain PELLET⁶³⁵, que le droit de l'Union européenne étant fondé sur des techniques de droit international – droit des traités – les Etats non signataires ne peuvent pas être contraints par les règles de droit communautaire, de droit originaire, ainsi que, et par conséquent, par celles de droit dérivé. Cela interdit donc toute possibilité d'extraterritorialité directe des dispositions Communautaires, hors le cas – qui ne s'est pas produit – dans lequel un texte serait adopté en présence et avec le concours d'un Etat non membre de l'Union. La nature juridique du Traité de Rome, traité fondation, est au cœur de ce débat. Nous relaterons l'évolution jurisprudentielle quant à la nature du Traité de Rome, pour nous intéresser ensuite à la récupération doctrinale de cette évolution et l'antagonisme qu'elle a suscité entre internationalistes et bon nombre de communautaristes.

1) Evolution jurisprudentielle quant à la nature juridique du Traité de Rome.

329. Les étapes. La jurisprudence de la C.J.C.E. est particulièrement intéressante sur ce point, et elle a été remarquablement analysée par le Professeur PELLET. Nous retracerons son évolution, en trois étapes, pour tenter de comprendre pourquoi le traité de Rome doit s'analyser comme un instrument de droit international. Une première étape est issue de l'arrêt Humblet, c'est la phase fondatrice. Une seconde étape est celle issue de l'arrêt Van Gend en Loos, sorte de confirmation. Une troisième étape est celle du silence, que d'aucuns ont analysé comme un revirement.

330. Première étape : l'arrêt Humblet. Le premier arrêt, rendu par la C.J.C.E. en date du 16 décembre 1960⁶³⁶, a estimé que la Belgique devait respecter l'immunité fiscale d'un fonctionnaire communautaire belge. En soi, le thème abordé par cet arrêt

⁶³⁵ Voir l'article très virulent déjà cité de PELLET (A.), Les fondements internationaux du droit communautaire, *C.C.A.E.L.*, 1997, Vol. V-2, pp. 193 à 271.

semble avoir peu de rapports avec notre étude. Pourtant, les motifs employés pour fonder sa décision doivent être analysés, car ils contribueront à notre raisonnement. La Cour a en effet dit pour droit que cette obligation « résulte du Traité et du protocole qui ont force de loi dans les Etats membres à la suite de leur ratification et qui l'emportent sur le droit interne ». Ainsi, les obligations des Etats membres trouvent leur source et leur fondement dans les traités régulièrement ratifiés par les Etats et incorporés dans leur ordre juridique interne⁶³⁷. C'est parce que les Etats ont ratifié le Traité en question qu'ils sont engagés par celui-ci. A partir de là, toute extraterritorialité directe est impossible, puisqu'il faudrait que le Traité s'applique à un Etat non signataire.

331. Deuxième étape : l'arrêt Van Gend en Loos. Cet arrêt ne dit rien de plus, mais est beaucoup plus connu que le précédent. Rendu par la C.J.C.E. le 5 février 1963⁶³⁸, cet arrêt a établi que « le Traité – de Rome, c'est nous qui précisons – constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les Etats contractants », et que « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique international ». L'ordre juridique communautaire tout entier est, par cette formulation, ancré dans le droit international⁶³⁹.

332. Troisième étape : l'arrêt Costa c/ ENEL. Cet arrêt adopte une formulation différente de la question. Rendu par la C.J.C.E. le 15 juillet 1964⁶⁴⁰, cet arrêt indique qu'à « la différence des Traités ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre intégré au droit des Etats membres... ». La mention « de droit international » a disparu en une année d'intervalle. Mais l'arrêt Costa n'affirme pas que l'ordre juridique communautaire n'est plus de droit international, puisqu'il l'avait déjà précisé pour les besoins de l'arrêt Van Gend en Loos⁶⁴¹. Il y est par ailleurs très clairement affirmé que l'intégration au droit de chaque Etat membre de dispositions communautaires – et plus précisément les termes et l'esprit du Traité de Rome – a pour conséquence l'impossibilité pour les Etats de faire prévaloir une disposition interne postérieure sur « un ordre juridique accepté par eux sur la base d'une réciprocité ». Il y a lieu de déduire de cette dernière précision que là encore, les Etats membres sont engagés du fait qu'ils ont signé ou ratifié le Traité de Rome. A défaut de cette expression de volonté, un Etat ne saurait être engagé par les dispositions communautaires. Ces différences de formulations entre le troisième arrêt et les deux précédents ont conduit à un antagonisme doctrinal.

⁶³⁶ Voir C.J.C.E., 16 décembre 1960, Jean-E. Humblet contre Etat belge, Aff. 6/60, Rec. 1960 page 1125.

⁶³⁷ Voir PELLET (A.), *Op. cit.*, page 205.

⁶³⁸ Voir C.J.C.E., 5 février 1963, NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise, Aff. 26/62, Rec. 1963 page 3.

⁶³⁹ Voir PELLET (A.), *Op. cit.*, page 205.

⁶⁴⁰ Voir C.J.C.E., 15 juillet 1964, Flaminio Costa c/ E.N.E.L., Aff. 6/64, Rec. 1964, page 1141.

⁶⁴¹ Voir PELLET (A.), *op. et loc. cit.*

2) L'antagonisme doctrinal suscité par cette évolution.

333. Observations – opposition des doctrines communautariste et internationale. La jurisprudence Costa a fondé certaines analyses communautaristes qui ont tenté de dénier tout fondement international au Traité – fondation que constitue le Traité de Rome, pour la raison que l'arrêt Costa ne fait plus expressément référence à la notion d'ordre juridique international, pour préférer celle d'ordre juridique propre. Les tenants de cette analyse dont le juge Constantinos KABOURIS⁶⁴², expliquent que le Traité de Rome est en vigueur par lui-même, de façon autonome, et constitue la source de tout l'ordre juridique communautaire, et insistent sur la suppression par la C.J.C.E. de toute mention à l'ordre juridique international. Pour ce courant doctrinal, le droit international n'est pas appelé à jouer un grand rôle, car il serait trop peu évolué⁶⁴³. A ces assertions, les partisans de la thèse internationaliste⁶⁴⁴, auxquels nous nous rallions, opposent des arguments sans appel. En effet, l'argument selon lequel la jurisprudence communautaire dénierait tout fondement international à l'ordre juridique communautaire ne tient pas⁶⁴⁵. D'une part, la Cour a, au contraire, affirmé ce fondement dans l'arrêt Van Gend en Loos, et l'arrêt Costa qui a suivi n'a jamais prétendu le contraire de façon expresse⁶⁴⁶. D'autre part, l'argument selon lequel le droit international présenterait des faiblesses doit être combattu. Nous relèverons, avec M. le Professeur PELLET et dans le prolongement de nos développements précédents⁶⁴⁷, que le Traité C.E., d'après les articles 54 à 64 de la

⁶⁴² Sur la présentation de cet antagonisme, voir PELLET (A.), *Op. cit.*, page 208. Parmi les tenants de ce que cet auteur appelle la désinternationalisation du droit communautaire, on peut citer les Professeurs CARTOU, HERAUD, JAENICKE ou SCHWARZENBERGER. Pour une présentation de cette opposition doctrinale, voir LESGUILLONS (H.), *L'application d'un traité – fondation : le Traité instituant la C.E.E.*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1968, pp. 11 à 17. Voir également KABOURIS (C.), La relation de l'ordre juridique communautaire avec les autres ordres juridiques des Etats membres – quelques réflexions parfois peu conformistes, in *Mélanges PESCATORE, Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden, Nomos, 1987, page 331.

⁶⁴³ Voir PELLET (A.), *Op. cit.*, page 209, notes 34 et 35.

⁶⁴⁴ Parmi ces auteurs, on peut relever les travaux de Mme BASTID et Messieurs BERGER, BINDSCHEIDER, BLECKMANN, DELBEZ, SCELLE, SEIDL-HOHENVELDERN, VERDROSS, VITTA, Paul DE VISSCHER ou Charles LEBEN. Une remarquable étude de ces doctrines figure dans la thèse précitée de M. le Professeur Henri LESGUILLONS, *op. et loc. cit.*.

⁶⁴⁵ Remarquons toutefois que toute la doctrine communautariste n'est pas à bannir sur ces questions. M. Daniel VIGNES, ou encore M. le Professeur Vlad CONSTANTINESCO ont toujours insisté sur le fondement conventionnel des Communautés. Voir notamment sur ces auteurs PELLET (A.), *Op. cit.*, page 207 ; voir également CONSTANTINESCO (V.), *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1974, et notamment toute l'introduction ; du même auteur voir « La Cour de Justice des Communautés Européennes et le droit international », in *le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – méthode d'analyse du droit international, Mélanges offerts à Charles CHAUMONT*, 1984, Paris, Pédone, pp. 207 à 222.

⁶⁴⁶ Voir PELLET (A.), *Op. cit.*, page 213.

⁶⁴⁷ Voir *supra* n° 176 et 177.

Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, est un véritable « piège à volonté », qui rend bien difficile la dénonciation d'un Traité. Enfin, il ne faut pas oublier que les Communautés ont été créées par des Traités successifs. Nous pouvons parler de Traités, sur la base de l'article 2, paragraphe 1-a) de la Convention de Vienne précitée. Ce texte dispose que : « l'expression « traité » s'entend d'un accord conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes ». Or, le Traité de Rome présente toutes ces caractéristiques : il est conclu par écrit, entre Etats, et la Cour de Justice a bien justement établi, au vu de la jurisprudence rappelée plus haut, que ce texte était régi par le droit international.

334. Conséquences. La principale conséquence de ce qui précède va bien au delà de l'opposition doctrinale. Cette conséquence a été remarquablement exposée par M. le Professeur PELLET : « en accord avec les principes les plus classiques du droit international, de tels traités entrent en vigueur, conformément à leurs dispositions, après que les Etats parties ont exprimé leur consentement à être liés – en l'espèce par la ratification. C'est donc à la suite d'un processus parfaitement orthodoxe de droit international que les Communautés ont été créées ». Cela veut dire qu'à défaut de consentement exprès, un Etat, ou une partie d'Etat, ne saurait être liée par un Traité, en ce compris les Traités fondateurs de l'ordre juridique communautaire. C'est là l'une des raisons majeures, qui expliquent l'impossibilité d'extraterritorialité directe des dispositions communautaires. Il nous faut aborder la seconde raison, qui tient à l'absence de mécanisme de transposition permettant à un droit conventionnel ⁶⁴⁸ de s'intégrer de manière expresse dans les dispositions communautaires, directives ou droit originaire. Nous avons en effet établi que la présence de ce facteur avait été déterminante dans l'extraterritorialité directe des dispositions françaises.

B) Absence de mécanisme de transposition d'une norme supérieure au sein des directives.

335. Délimitation de la recherche. Nous souhaitons montrer que le droit communautaire n'est pas soumis à l'obligation de transposer en son sein des normes internationales. Pour ce faire, une étude systématique de toutes les normes internationales serait purement et simplement impossible, et dépasserait largement le cadre de cette étude. Il nous suffira simplement d'analyser les normes internationales qui peuvent avoir une importance quant à la détermination du champ d'application géographique des monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissements. Or, à notre sens, deux textes sont particulièrement concernés. Il s'agit d'une part des accords du G.A.T.S. puisqu'ils concernent tous les services, et d'autre part des accords de Porto instituant l'Espace Economique Européen parce que le droit interne en fait expressément mention. Nous tenterons de rechercher s'il existe, en leur sein, des mécanismes analogues à celui que le droit communautaire a baptisé transposition.

⁶⁴⁸ Nous ne parlons pas de « norme supérieure », car nous ne sommes pas du tout convaincus qu'il faille adopter une telle vision hiérarchique – kelsénienne – de l'articulation des différentes normes entre elles. Nous préférons l'emploi des termes « normes conventionnelles », faisant directement référence aux Traités.

1) Les accords du G.A.T.S.

336. La jurisprudence de la C.J.C.E. dénie toute obligation de transposer. D'une manière générale, l'arrêt Haegeman⁶⁴⁹ pose en principe que les traités internationaux conclus par la Communauté s'insèrent directement dans l'ordre juridique communautaire, et font partie intégrante de celui-ci dès leur conclusion. Ainsi, ils n'ont pas à être réceptionnés ou transformés d'une quelconque manière pour produire leurs effets dans la communauté⁶⁵⁰. Ce principe, de portée générale, vaut aussi bien pour les accords purement communautaires que pour les accords mixtes, de type O.M.C.⁶⁵¹. Le contenu de cet accord confirme ces décisions, rendues antérieurement aux accords de Marrakech. Qui plus est, la place des accords O.M.C. est particulière par rapport aux dispositions communautaires : ils ont un rang inférieur aux traités de droit originaire, mais ils sont supérieurs au droit dérivé⁶⁵². Il est enfin rappelé que les Communautés européennes n'accordent pas le bénéfice de l'effet direct aux règles de l'O.M.C.⁶⁵³.

337. Absence de mécanisme de transposition. L'accord général sur le commerce des services ne comporte pas en son sein de mécanisme qui permette de transposer tout ou partie de ses dispositions dans l'ordre juridique communautaire. La construction de ce texte est, en effet, absolument différente. Certes, cet accord est présenté comme « le tout premier ensemble de règles multilatérales, juridiquement contraignantes, qui régissent le commerce international des services »⁶⁵⁴. D'après cet accord, « lorsque deux gouvernements (ou davantage) ont conclu des accords sur la reconnaissance mutuelle de leurs systèmes de qualification (par exemple pour la délivrance de licences ou de certificats aux fournisseurs de services), ils doivent, d'après l'A.G.C.S., ménager aux autres Membres la possibilité de négocier des arrangements comparables. La reconnaissance des systèmes de qualification d'autres pays ne doit pas être discriminatoire ni équivaloir à un protectionnisme déguisé. Les accords de reconnaissance doivent être notifiés à l'O.M.C. »⁶⁵⁵. Au delà du caractère juridiquement contraignant, et des obligations mises à la charge des membres de l'O.M.C., il reste que

⁶⁴⁹ Voir C.J.C.E., 30 avril 1974, Haegeman c/ Etat belge, Aff. 181/73, Rec. 1974, page 459.

⁶⁵⁰ Voir BLIN (O.), *Juriscl. Int.*, Fasc. 130-50, La communauté européenne et l'organisation mondiale du commerce (OMC), droit matériel et institutionnel, n° 37.

⁶⁵¹ Voir en ce sens C.J.C.E., 5 février 1976, Bresciani, Aff. 87/75, Rec. 1976, page 3719 ; C.J.C.E., 30 septembre 1987, Demirel, Aff. 12/86, Rec. 1987, page 3719.

⁶⁵² Voir BLIN (O.), *Op. cit.*, n° 39 à 41.

⁶⁵³ Voir BLIN (O.), *Op. cit.*, n° 43 à 58, et voir nos développements *supra* n° 293.

⁶⁵⁴ Voir sur ce point le site de l'O.M.C., et plus précisément A.G.C.S. : Réalité et fiction, http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/gats_factfiction3_f.htm.

⁶⁵⁵ *Ibidem*.

ceux-ci peuvent conclure entre eux des actes permettant la reconnaissance mutuelle des agréments, sous les réserves énoncées. L'esprit de l'A.G.C.S. n'est pas de compromettre la faculté que les Membres ont de poursuivre les objectifs et les priorités de la politique nationale. L'A.G.C.S. reconnaît expressément le droit des Membres de réglementer la fourniture de services dans la poursuite de leurs propres objectifs, et ne cherche pas à influencer sur ces objectifs. Au contraire, il établit un cadre de règles et de disciplines pour que les Membres réglementent leur secteur des services de façon à éviter que les restrictions et les distorsions des échanges qui pourraient s'ensuivre ne représentent une charge plus lourde que nécessaire⁶⁵⁶. Pour bien comprendre pourquoi l'on ne peut parler d'obligation de transposer, il faut faire une synthèse des obligations découlant du statut de membre.

338. Synthèse des obligations découlant du statut de membre – exclusion de toute idée d'obligation de transposer les dispositions de l'A.G.C.S. .. Les obligations contenues dans l'A.G.C.S. peuvent être classées en deux groupes : les obligations générales, qui s'appliquent directement et automatiquement à tous les Membres, que des engagements sectoriels aient été pris ou non ; et les engagements spécifiques, qui portent uniquement sur les secteurs et activités pour lesquels un Membre a décidé d'assumer des obligations en matière d'accès aux marchés et de traitement national. Les termes et les concepts pertinents sont semblables, mais pas nécessairement identiques, à ceux qui étaient utilisés dans le cadre du GATT.

339. Présentation des obligations générales. Parmi les obligations générales, il faut distinguer la clause de Traitement Nation la Plus Favorisée. En vertu de l'article II, les Membres sont tenus d'étendre immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre « un traitement non moins favorable que celui qu'il[s] accorde[nt] aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays ». Des dérogations sont possibles, sous la forme d'exemptions des obligations énoncées à l'article II. Les Membres ont été autorisés à établir la liste de ces exemptions avant que l'Accord n'entre en vigueur. De nouvelles exemptions peuvent être accordées uniquement à de nouveaux Membres à l'occasion de leur accession ou, pour les Membres actuels, au moyen d'une dérogation au titre de l'article IX - 3 de l'Accord sur l'O.M.C.. Toutes les exemptions sont soumises à un réexamen ; elles ne devraient pas en principe durer plus de dix ans. A côté de cette clause de la Nation la plus favorisée, il existe l'obligation de Transparence. Les Membres de l'A.G.C.S. sont tenus, entre autres choses, de publier toutes les mesures d'application générale et d'établir des points d'information nationaux chargés de répondre aux demandes de renseignements des autres Membres. Parmi les autres obligations inconditionnelles figure l'établissement de procédures de révision administrative de recours et de disciplines régissant les opérations des monopoles⁶⁵⁷ et des fournisseurs exclusifs.

340. Présentation des engagements spécifiques. Au titre des engagements spécifiques, certains traitent de l'accès aux marchés. L'octroi de l'accès aux marchés est un engagement négocié contracté par tel ou tel Membre dans des secteurs déterminés. Il peut être assujéti à un ou plusieurs des six types de limitations énumérés à l'article XVI

⁶⁵⁶ *Ibidem.*

2). Par exemple, des limitations peuvent être imposées en ce qui concerne le nombre de fournisseurs de services, d'opérations de services ou d'employés dans un secteur, la valeur des transactions, la forme juridique du fournisseur de services ou la participation de capital étranger. Indépendamment de cette première obligation spécifique, il existe celle du Traitement national. Pour tout secteur inscrit dans sa Liste d'engagements spécifiques, un Membre est tenu d'accorder aux services et fournisseurs de services étrangers un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires. Dans ce contexte, il lui faut absolument s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de modifier, en droit ou en fait, les conditions de la concurrence en faveur de son propre secteur des services. Les Membres sont habilités à assujettir l'octroi du traitement national dans un secteur donné à diverses conditions et qualifications. En conséquence, l'A.G.C.S. n'oblige pas les Membres à prendre des engagements en matière d'accès aux marchés et de traitement national dans un secteur donné. En établissant leur Liste d'engagements, les Membres sont libres de déterminer la portée des engagements qu'ils contractent de façon à éviter ou à modifier les obligations qu'ils considèrent comme étant trop difficiles à remplir à ce stade. Cependant, l'article XIX prévoit une obligation commune pour les Membres de l'O.M.C., celle d'engager des séries de négociations commerciales successives en vue d'élever progressivement le niveau de libéralisation. L'établissement des listes d'engagements spécifiques donne effet à d'autres obligations (conditionnelles) concernant, entre autres, l'administration objective des réglementations intérieures et le non-recours à des restrictions en matière de paiements et de transferts internationaux.

341. Conséquence. De ce qui précède, il résulte que les obligations mises à la charge des membres de l'O.M.C. ne font aucunement mention d'une obligation d'intégrer dans leur système normatif, qu'il soit national ou relevant d'un espace économique intégré. En effet, la Communauté européenne est, en elle-même et indépendamment des Etats qui la composent, un membre à part entière de l'O.M.C., elle est donc soumise aux mêmes obligations que tous les autres membres sur ce point. Elle n'a donc, pas plus que les autres Etats, aucune obligation de transposition qui pourrait modifier de manière expresse les conditions d'application extraterritoriale du Traité de Rome.

2) Les accords de Porto

342. Application de la jurisprudence Haegeman . Le principe que nous avons rappelé précédemment ⁶⁵⁸ doit s'appliquer aux accords de Porto. Cet arrêt, et les décisions

⁶⁵⁷ Il ne s'agit pas des monopoles tels que nous les envisageons dans la présente étude. Il s'agit des secteurs dans lesquels un Etat confie à un fournisseur exclusif la distribution d'un produit ou d'un service. Le dispositif étudié ici n'a rien de commun avec cette définition puisque le secteur bancaire ou financier connaît la concurrence... Voir pour une définition communautaire de la notion, voisine, de monopoles nationaux, issue de l'article 37 du Traité de Rome, KOVAR (R.), *Rep. Dalloz Communautaire*, V° Monopole. Voir, pour ce que recouvre la notion de monopole telle qu'entendue par l'A.G.C.S., l'article VIII de cet accord, qui traite également des fournisseurs exclusifs. L'accent est mis sur le rôle de l'Etat dans l'octroi de ce monopole. Voir BELLIS (J.F.), La politique de la concurrence et l'organisation mondiale du commerce, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 737 à 764, spécialement pp. 741 à 742.

⁶⁵⁸ Voir *supra* n° 336.

ultérieures, ont bien précisé que tous les accords liant la Communauté ne produisent effet que par leur seule force, sans réception ni transformation⁶⁵⁹. Or, l'accord de Porto lie bien la Communauté en tant que telle, en tant que partie contractante, sans qu'il soit besoin de le transposer en droit communautaire.

343. Un mécanisme inverse à la transposition. Les dispositions de cet accord ne comportent pas davantage de mécanisme de transposition d'une norme supranationale au sein du droit communautaire. Au contraire, c'est le droit communautaire qui influe sur la rédaction des accords de Porto. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter au 15^{ème} considérant, qui indique que : « dans le plein respect de l'indépendance des tribunaux, l'objectif des parties contractantes est d'obtenir et de maintenir une interprétation et une application uniformes du présent accord et de celles des dispositions de la législation communautaire qui sont reproduites en substance dans le présent accord et d'arriver à un traitement égal des individus et des opérateurs économiques en ce qui concerne les quatre libertés et les conditions de concurrence ». Le texte de l'accord lui-même va en ce sens, notamment 1^{er}, paragraphe 2, qui dispose que : « En vue d'atteindre les objectifs fixés au paragraphe 1, l'association comporte, conformément aux dispositions du présent accord : la libre circulation des marchandises, la libre circulation des personnes, la libre circulation des services, la libre circulation des capitaux, l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée et que les règles y afférentes sont respectées de façon égale, le renforcement de la coopération dans d'autres domaines, tels que la recherche et le développement, l'environnement, l'éducation et la politique sociale »⁶⁶⁰. Cela ressemble fort à la manifestation, par les signataires de l'accord de Porto, d'une volonté d'étendre le champ d'application du droit communautaire, mais cela ne procède pas d'une volonté de contraindre le droit communautaire à incorporer en son sein des dispositions externes. Par ailleurs, et pour confirmer cette dernière affirmation, les accords de Porto ne présument pas de la possibilité, pour les Etats membres de l'A.E.L.E. d'intégrer l'Union européenne. Là encore, pour parachever l'analyse, il convient de synthétiser les obligations mises à la charge des parties contractantes à cet accord.

344. Présentation des obligations des parties contractantes à l'accord de Porto. Sur ce point, l'accord de Porto ne met à la charge des parties contractantes aucune obligation de transposition. Selon l'article 3, il est demandé aux parties contractantes de prendre « toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent accord. Elles s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent accord. En outre, elles facilitent la coopération dans le cadre du présent accord ». Concernant les services, aux termes de l'article 36, « toute restriction à la libre prestation des services à l'intérieur du

⁶⁵⁹ Voir les Arrêts Bresciani et Demirel, précités note 582 ; voir BLIN (O.), *op. et loc. cit.*.

⁶⁶⁰ Dans le même sens, on peut ajouter l'article 6 qui dispose que : « Sans préjudice de l'évolution future de la jurisprudence, les dispositions du présent accord, *dans la mesure où elles sont identiques en substance aux règles correspondantes du traité instituant la Communauté économique européenne*, du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier et des actes arrêtés en application de ces deux traités, sont, pour leur mise en oeuvre et leur application, interprétées conformément à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de signature du présent accord ».

territoire des parties contractantes à l'égard des ressortissants des États membres de la C.E. et des États de l'AELE établis dans un État membre de la CE ou dans un État de l'A.E.L.E., autre que celui du destinataire de la prestation, est interdite ». Aucune de ces deux obligations ne saurait s'analyser en obligation de transposer les normes issues de l'E.E.E. dans le texte des directives intéressant notre propos. Pour s'en convaincre, il faut évoquer la nature particulière des décisions du Comité mixte de l'E.E.E..

345. La portée particulière des décisions du Comité mixte de l'E.E.E.. L'accord de Porto met en place un Comité mixte de l'E.E.E., dont la mission est de d'assurer la mise en œuvre et le fonctionnement de l'accord. Il prend notamment les décisions d'incorporation dans l'E.E.E. du droit dérivé communautaire⁶⁶¹. Certes, ses décisions, en vertu de l'article 104 de cet accord, sont en principe « Dès leur entrée en vigueur, les décisions prises par le Comité mixte de l'E.E.E. dans les cas prévus par le présent accord sont, sauf dispositions contraires dans lesdites décisions, obligatoires pour les parties contractantes qui prennent les mesures nécessaires pour assurer leur mise en oeuvre et leur application ». Mais il ne revient pas à ces décisions de rendre les dispositions communautaires expresses quant à leur application hors de l'E.E.E. par un phénomène de transposition inclus dans le texte de l'accord.

346. Conclusions sur la justification de l'absence d'extraterritorialité directe des dispositions communautaires. Le rôle majeur de l'ordre juridique international sur le droit de l'Union européenne doit être souligné. En effet, il ne permet pas aux dispositions communautaires de s'appliquer sans le consentement des Etats non membres d'une part, et aucune norme supranationale n'impose à l'Union d'obligation de transposition, ce qui conduit à ce que toutes les modifications du champ d'application territoriale du Traité de Rome suppose l'accord de volonté des Etats non signataires dudit Traité. Ce constat va se traduire dans le contenu des dispositions communautaires quant à leur extraterritorialité directe, qu'il nous faut maintenant aborder.

§ - 2 L'analyse du contenu des dispositions communautaires quant à leur extraterritorialité directe.

347. Problématique. L'absence d'extraterritorialité directe des dispositions communautaires tient à la relation étroite que cette notion entretient avec le caractère exprès du texte étudié quant à son application territoriale. C'est ici l'occasion de vérifier l'existence du paradoxe que nous avons évoqué précédemment, à savoir qu'un texte exprès quant à son application territoriale ne l'était plus eu égard à son application extraterritoriale. Nous verrons que le paradoxe précité se vérifie quasiment systématiquement, avec toutefois une exception concernant Gibraltar, d'après l'analyse des dispositions de droit originaire.

348. Objectifs. Nous proposons d'étudier les dispositions contenues dans l'article 299 du Traité de Rome, pour vérifier si les territoires visés font tous partie intégrante d'un Etat membre. A défaut, en effet, il pourrait exister une application extraterritoriale directe des dispositions communautaires. Nous établirons qu'en principe, ce n'est pas le cas,

⁶⁶¹ Voir en ce sens la position exprimée par la COMMISSION BANCAIRE, L'Espace Économique Européen, *Bull. commission bancaire*, novembre 1994, n° 11, études, pp. 25 à 36, spécialement page 26, § 1-2.

puisque ce texte ne porte que sur des territoires relevant d'Etats membres, signataires du Traité de Rome par définition (A.). Une exception est cependant notable, concernant Gibraltar (B.).

A) Principe : les délimitations de l'article 299 concernant des territoires relevant d'Etats membres.

349. Contenu de l'article 299 du Traité. L'extraterritorialité directe des dispositions communautaires ne pourrait se concevoir que si, indépendamment des éléments rapportés plus haut, les délimitations spatiales contenues dans le Traité de Rome devaient viser expressément des régions qui ne font pas partie du territoire d'un Etat membre. Or, les délimitations spatiales en question concernent quasiment toutes des Etats membres, ou des territoires relevant de ceux-ci. L'alinéa premier indique en effet que le Traité s'applique aux Etats membres. Ensuite, les autres dispositions, qu'elles visent les D.O.M., les Açores, les Canaries, Madère, concernent toutes des Etats membres, puisqu'il s'agit, respectivement de la France, de l'Espagne et du Portugal. De plus, les régions visées à l'annexe II font toutes partie du territoire d'Etats membres. Le seul point qui pourrait susciter la discussion aujourd'hui est le paragraphe 4 de l'article 299, aux termes duquel : « Les dispositions du présent traité s'appliquent aux territoires européens dont un Etat membre assume les relations extérieures ». Cette notion ne semble pas très facile à définir, et l'on pourrait penser qu'en l'absence de mention particulière, le lien entre le territoire visé et un Etat membre pourrait être plus distendu. A y regarder de plus près, il semble qu'il n'en soit rien dans la quasi totalité des cas. Il est exact que ce paragraphe 4 procède à une extension de territoire par rapport au paragraphe 1. La formule que ce texte emploie ne peut viser que des territoires jouissant de l'autonomie la plus large et ne faisant pas partie intégrante d'un Etat membre. Il pourrait alors être possible de parler de véritable extraterritorialité directe ! A la vérité, cette formule apparaît plutôt comme une pétition de principe au moment de l'adoption du Traité C.E.. En effet, la Sarre venait d'être intégrée à la R.F.A. et une partie du territoire de Trieste l'avait été à l'Italie – l'autre à la Yougoslavie. Aucun des six Etats membres fondateurs ne prendrait plus en charge les relations extérieures d'un territoire européen ne faisant pas partie intégrante de cet Etat. Les situations du Vatican ou de Saint Marin, vis-à-vis de l'Italie, ou de la Vallée d'Andorre⁶⁶² ou de Monaco, avec la France, n'ont pas à être traitées ici. Il s'agit, en fait, d'Etats souverains – ou, pour le Vatican, d'une entité souveraine assimilée à un Etat, au regard du droit international. Or, comme ces Etats ou assimilés comme tels n'étaient pas parties à la conclusion du Traité, le problème de l'extraterritorialité directe du droit communautaire dans ces zones ne se pose plus. A l'origine, ce texte ne visait donc que Berlin – ce problème a disparu avec la réunification allemande. Actuellement, un seul territoire répond à cette définition : il s'agit de Gibraltar.

B) La situation de Gibraltar.

⁶⁶² Les Vallées d'Andorre sont devenues un Etat souverain depuis mars 1993. Auparavant, ce territoire se trouvait co-dirigé par le Président de la République Française et l'évêque d'Urgel en Espagne. Mais le Chef de l'Etat français n'agissait pas en tant que tel, il avait des fonctions de co-Prince.

350. Particularisme. La situation de cette portion de territoire est précisée par l'article 28 de l'acte d'adhésion du Royaume Uni, qui conduit à exclure l'application du droit communautaire dans un certain nombre de secteurs⁶⁶³. Il faut donc vérifier, au travers de l'étude de ce texte, que les activités liées aux services bancaires et financiers sont comprises ou non dans la sphère d'application *ratione materiae* – conditionnant la sphère d'application *ratione loci* – du droit communautaire.

351. L'acte d'adhésion du Royaume Uni. L'article 28 de cet acte ménage, dans le cadre du Traité de Rome, une non-application à Gibraltar des actes des institutions de la Communauté visant les produits de l'annexe II dudit Traité. Ce système est étendu aux produits soumis à l'importation à une réglementation spécifique eu égard à la Politique Agricole Commune, ainsi qu'aux actes en matière d'harmonisation de la législation des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires⁶⁶⁴. Pour le reste, il n'existe pas de dispositions particulières, ce qui fait que les autres dispositions du Traité de Rome doivent s'appliquer sur ce territoire, même si la position de Gibraltar est particulière, car l'Espagne conteste la souveraineté du Royaume Uni sur ce territoire⁶⁶⁵. D'ailleurs, le Royaume Uni a fait l'objet de plusieurs procédures de sanction de la part de la Commission, pour non application à Gibraltar du droit communautaire⁶⁶⁶. Au total, il existe donc une base juridique à l'extraterritorialité directe du Traité de Rome, mais elle ne concerne que la situation de Gibraltar. La conséquence principale de cette situation est qu'il y a lieu de transposer, sur ce territoire, les dispositions communautaires relatives aux établissements de crédit et aux prestataires de services d'investissement, et ce alors même que Gibraltar, doté de son propre Gouvernement, n'était ni signataire, ni adhérent au Traité de Rome. Par ailleurs, la reconnaissance mutuelle des agréments devrait, en principe s'appliquer, dans les mêmes conditions que partout ailleurs sur le territoire de l'Union, en l'absence de toute disposition spécifique quant à l'inapplicabilité du droit communautaire relatif aux services, notamment bancaires et financiers.

352. Situation de Gibraltar : quelle réglementation effective sur place ? Il convient de vérifier si le Royaume Uni veille correctement à la transposition des dispositions communautaires sur place, concernant les monopoles bancaires et financiers. Il faut également vérifier la présence d'un réel contrôle de l'accès et l'exercice de ces activités. A défaut, nous serions en présence d'un paradis bancaire, de plus,

⁶⁶³ Voir l'acte d'adhésion du Royaume Uni du 22 janvier 1972, J.O.C.E. n° L-73 du 27 mars 1972, page 20 ; et voir, sur l'ensemble de ces questions, ZILLER (J.), *Jurisl. Europe*, Fasc. 470, Champ d'application du droit communautaire – application territoriale, spécialement n° 53.

⁶⁶⁴ Voir sur ce point RIGAUX (A.), *Rep. Dalloz Communautaire*, V^{is} Territoire communautaire, n° 28.

⁶⁶⁵ Voir ZILLER (J.), *op. et loc. cit.*

⁶⁶⁶ Il s'agissait d'infractions relatives à La Commission européenne a décidé le 18 janvier 1999 d'adresser quatre avis motivés au Royaume-Uni pour non-application des directives concernant le droit des sociétés sur le territoire de Gibraltar. Les directives en question ont trait aux comptes annuels et aux comptes consolidés des sociétés. L'avis motivé constitue la deuxième étape des procédures d'infraction formelles conformément à l'article 169 du traité de l'Union Européenne (UE). Voir, à propos de ces avis, l'adresse http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/company/infring/14.htm.

risquant de devenir une véritable porte ouverte sur l'Union européenne.

353. Etat des transpositions. Le site Internet du Gouvernement de Gibraltar vante sa conformité aux deux directives bancaires (1973 et 1989), alors que sa mise à jour a été faite en 2001, soit, donc, après la directive bancaire intervenue en 2000⁶⁶⁷. Cela laisse augurer de la qualité des transpositions sur place. Parallèlement, compte tenu des récentes condamnations du Royaume Uni pour défaut d'application du droit communautaire des sociétés, et plus spécialement des directives européennes, sur le sol de Gibraltar, l'on peut également être conduit à penser qu'il peut en être de même concernant les activités bancaires et financières. Et tel semblait être le cas, puisqu'en 1998, la Commission a décidé d'envoyer un avis motivé au Royaume Uni, pour non-communication des mesures nationales d'exécution transposant à Gibraltar les directives concernant les organismes de placements collectifs en valeurs mobilières (directive O.P.C.V.M. – 85/611/CEE), les délits d'initiés (89/592/CEE), et, surtout, les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières. Le délai imparti pour ce faire était le 1^{er} juillet 1992 pour la D.S.I.. Il convient de préciser qu'en pareil cas, si l'avis motivé n'est pas suivi d'effets dans le délai de deux mois à compter de sa réception, la Commission peut saisir la C.J.C.E.⁶⁶⁸.

354. Les contrôles effectifs à Gibraltar. D'une manière générale, il revient aux institutions communautaires de pallier la carence des institutions locales. C'est exactement ce que la Commission effectue dans son Rapport sur l'application du droit communautaire par les États membres et sur le contrôle de celle-ci par la Commission, contenant des recommandations en vue de les améliorer du point de vue de la gouvernance démocratique européenne⁶⁶⁹. Concernant Gibraltar, un suivi administratif spécial a été établi pour l'année 1996 par la Commission pour suivre avec davantage de précision les infractions constatées en matière de défaut de transposition, défaut de communication des mesures nationales d'exécution, ou de transposition incorrecte⁶⁷⁰.

355. Impact de cette exception. Partant du fait qu'il existe pour Gibraltar une possibilité d'extraterritorialité directe, l'on pourrait être tenté de remettre en question les argumentations exposées plus haut, relatives à l'impossibilité, pour un Etat non signataire, d'être lié par un Traité. Nous ferons observer que pour que cette remarque puisse

⁶⁶⁷ Voir http://www.gibraltar.gov.gi/gov_depts/finance/banking_in_gibraltar.htm. Ce site, consulté le 26 mars 2003, sur recommandation d'Europe direct, questionné par nos soins sur ce sujet, était à jour au 25 septembre 2001... Il y est dit en substance que « Banking operations in Gibraltar are governed by the Banking Ordinance 1992, which brought Gibraltar's banking legislation in line with the EU First and second Banking Co-ordination Directives ». Aucune mention n'est faite quant à la directive bancaire de 2000 déjà évoquée. Ce même site, cette fois ci à jour au 15 octobre 2001, explique que Gibraltar a été l'un des premiers territoires de l'Union – sic – à appliquer les directives récentes relatives au commerce électronique, mais rien n'est dit quant aux directives relatives aux services financiers, y compris la Directive sur les Services d'Investissement. Voir pour ce dernier constat http://gibraltar.gov.gi/gov_depts/finance/fin_index.htm.

⁶⁶⁸ Voir http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/infr/19.htm.

⁶⁶⁹ Voir les travaux préparatoires du livre blanc sur la gouvernance européenne, réalisé par le secrétariat de la Commission, du 25 juillet 2001, disponible à l'adresse http://europa.eu.int/comm/sg/applicreport_fr.pdf.

prosperer, il faudrait que Gibraltar puisse avoir toutes les prérogatives d'un Etat. Y compris celle, donc, de s'engager par voie de Traité. Certes, ce territoire est doté d'un gouvernement⁶⁷¹, mais il revient par ailleurs au Royaume Uni, depuis 1704, d'assurer les relations extérieures de ce pays. Gibraltar ne peut donc s'engager par Traité qu'en recourant aux offices du Royaume Uni. C'est donc ce qui justifie que nos propos antérieurs puissent être maintenus.

356. Conclusion sur la mesure de l'extraterritorialité directe des monopoles bancaires et financiers. Le paradoxe dont nous avons supposé l'existence précédemment se vérifie dans la quasi totalité des cas à propos de l'application extraterritoriale directe des monopoles bancaires et financiers. D'une part, les textes nationaux, muets quant à leur application territoriale cantonnée à la France, ne le sont plus lorsqu'il s'agit de l'étranger. Inversement, les dispositions communautaires, expresses sur la première question par le truchement du Traité de Rome, ne le sont plus lorsqu'il faut sortir de la sphère d'application communautaire, sauf l'exception relative à Gibraltar. Mais pour comprendre pourquoi, il faut rappeler l'importance décisive de l'obligation de transposer les textes communautaires, mise à la charge des Etats membres de l'Union. Cette obligation de transposer, couplée avec la reconnaissance mutuelle des agréments et des activités, a conduit à ce paradoxe. Sans obligation de transposer et sans reconnaissance mutuelle, il est probable que le législateur français se soit affranchi de toute précision particulière quant à l'application extraterritoriale des dispositions adoptées, et que de la sorte, seule l'extraterritorialité indirecte des monopoles bancaires et financiers français ne doive être évoquée. Il nous fait désormais analyser ce dernier vecteur – complémentaire de l'extraterritorialité directe – d'application extraterritoriale des monopoles professionnels précités.

Chapitre 2. L'extraterritorialité indirecte des monopoles bancaire et financier.

670

Il est à noter que cet état de fait ne se transpose pas dans toutes les possessions ultramarines du Royaume Uni. En effet, concernant les îles Caïman, les autorités britanniques indiquent que : « *dans le secteur financier, le resserrement des contrôles réglementaires et l'amélioration de la formation professionnelle ont engendré une croissance appréciable. Le nombre de fonds communs de placement a augmenté de 26,2 %, passant de 1 335 à 1 685, les fonds enregistrés augmentant de 43 % et le nombre d'administrateurs de fonds passant de 124 à 139, soit une augmentation de 12,1 %. L'activité bancaire est restée dynamique : l'octroi de licences a joui d'un taux de croissance modéré de 2,8 % pour atteindre le chiffre total de 594 licences à la fin de l'année. Cela dit, ces bons résultats ont été en partie assombris par une faillite bancaire (la First Cayman Bank) qui a causé des millions de dollars de perte aux déposants. Une enquête très approfondie a bien entendu été menée et il est maintenant évident qu'il importe de suivre de plus près les pratiques des banques commerciales* ». Voir sur ce point les quatrièmes rapports périodiques du Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord du 4 juillet 2000, sur l'application du pacte international relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels dans les territoires d'outre mer, examiné par le Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies, document répertorié sous le numéro E/C.12/4/Add.5, page 28, n° 89, à l'adresse internet ci-après : <http://www.hri.ca/fortherecord2002/bilan2002/documentation/tbodies/e-c12-4-add5.htm>.

671

Voir C.J.C.E. 29 juin 1993, Gouvernement de Gibraltar c/ Conseil, aff. C-298/89, Rec. 1993, p. I-3605.

357. Plan. La notion d'extraterritorialité indirecte, telle que définie par M. le Professeur Patrick JUILLARD, présente une relative incertitude. Nous avons également évoqué les diverses directions empruntées par la doctrine pour approcher cette définition, et notamment les travaux de M. le Professeur Jean-Michel JACQUET, ou de Mme le Professeur Brigitte STERN⁶⁷². Nous rappellerons que M. JUILLARD considère l'extraterritorialité indirecte comme le fait qu'une norme, bien que ne se fixant pas, de manière expresse, de cas d'application extraterritoriale, puisse être appliquée hors de ces cas. Nous élargirons la question : l'extraterritorialité indirecte peut-elle exister lorsqu'un texte est explicite comme l'est le droit français applicable aux monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissements ? C'est ce que nous proposons de déterminer. A cette fin, il faudra dégager les principes qui concourent à la définition et l'appréhension de l'extraterritorialité indirecte d'un texte, en d'autres termes la problématique (section I), pour pouvoir l'appliquer aux monopoles professionnels étudiés (section II).

Section 1. Les fondements de l'extraterritorialité indirecte des monopoles bancaire et financier

358. Notion de principes extensifs. M. le Professeur Patrick JUILLARD précise que l'extraterritorialité indirecte d'un texte se rencontre dans l'hypothèse où un texte « sort ses effets à l'étranger » non pas en vertu de ses dispositions intrinsèques, mais du fait de « principes extensifs »⁶⁷³. La formule présente un premier mérite, celui de satisfaire la grande diversité des situations dans lesquelles une loi peut être considérée comme extraterritoriale. Elle a également l'avantage de s'adapter à toutes les conceptions que l'on peut rencontrer quant à ce qu'il faut entendre par « norme extraterritoriale ». Cependant, dans sa volonté d'embrasser une pluralité de situations, il semble que la formule pêche par imprécision. L'on pourrait pourtant avancer une classification quant aux éléments déclencheurs ou symptomatiques de l'extraterritorialité indirecte. A notre sens, ces principes extensifs sont de deux natures. D'une part, il y aura extraterritorialité indirecte lorsqu'un texte l'aura prévu, indépendamment de toute idée de transposition. D'autre part, l'extraterritorialité indirecte d'un texte pourra survenir sans textes, dans des hypothèses bien définies. Pour appréhender ce phénomène, nous pourrions envisager d'adopter une terminologie particulière. Les textes régissant les monopoles étudiés, et dont l'application extraterritoriale est recherchée, pourraient être dénommés les textes « portés », alors que la norme – textuelle ou non – qui peut en permettre l'application extraterritoriale indirecte pourrait être dénommée « norme passerelle ». Nous devons donc distinguer l'extraterritorialité indirecte textuelle de l'extraterritorialité indirecte non textuelle.

⁶⁷² Voir *supra* n° 244.

⁶⁷³ Voir JUILLARD (P.), L'application extraterritoriale de la loi économique, in « L'application extraterritoriale du droit économique, troisième journée d'actualité internationale, 23 avril 1986 », *Cahier du Centre de droit international de Nanterre (C.E.D.I.N.)*, n° 3, pp. 13 à 40.

§ - 1 L'extraterritorialité indirecte provenant de la mise en œuvre d'une norme passerelle textuelle.

359. Présentation des deux hypothèses. Il est d'ores et déjà remarqué que nous n'avons pas fait référence à la notion de norme supérieure, compte tenu des rapports particuliers et croisés que les normes entretiennent entre elles⁶⁷⁴. Par ailleurs, observons qu'une loi, pour s'appliquer à l'étranger, sans contenir de dispositions expresses en ce sens, peut utiliser deux types de normes passerelles textuelles : soit un Traité, soit une autre loi, si cette dernière nécessite pour sa mise en œuvre, de respecter simultanément la première loi.

A) L'extraterritorialité indirecte textuelle par la mise en œuvre d'un Traité

360. Tous les types de traités ne sont pas concernés. L'extraterritorialité indirecte ne pourra pas être mise en œuvre dans tous les types de traités. Certains d'entre eux établissent des règles de droit matériel. C'est-à-dire qu'ils tranchent directement au fond le problème posé, indépendamment de la loi applicable à une situation internationale. Partant, la question étant « confisquée » à l'empire des textes internes ou régionaux, les questions d'extraterritorialité indirecte textuelle ne se posent plus. D'autres comportent la solution à un conflit de lois. Ce second type de traités peut aboutir à ce qu'une loi « sorte » ses effets juridiques à l'étranger, hors de la zone dans laquelle le droit interne ou régional la cantonne. D'autres traités réservent expressément l'application des dispositions de police. Ceux-là peuvent concourir à l'extraterritorialité directe d'un texte : pour ce faire, il faut qu'ils imposent l'application d'une disposition de police dans des contrées ou des hypothèses que la loi en question n'avait pas initialement envisagées. Mais lorsqu'ils ne le font pas, ils constituent une officialisation, au regard du droit international privé conventionnel, de l'extraterritorialité directe des dispositions de police. Ainsi, par exemple, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles prévoit, en son article 7, que « lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application ». Le paragraphe 2 de cet article poursuit : « Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ». Ce type de disposition est suffisamment général pour servir aussi bien à l'officialisation des situations d'extraterritorialité directe des dispositions de police que de norme passerelle à une disposition interne de police, les deux hypothèses – extraterritorialité directe ou indirecte – que nous avons mises en exergue n'étant pas distinguées. Enfin, certains types de traités, basés sur la reconnaissance mutuelle des qualifications et des contrôles, aboutissent

⁶⁷⁴ Voir *supra* n° 188 à 238.

également à une application extraterritoriale indirecte.

361. Plan. Dans notre recherche des éléments justifiant une application extraterritoriale des dispositions nationales ou communautaires régissant les monopoles bancaires et financiers, nous traiterons en premier lieu de la mise en œuvre des accords de Porto, et nous aborderons ensuite les hypothèses de traités bilatéraux ou multilatéraux. Les premières ne concernent que l'extraterritorialité indirecte des dispositions communautaires, alors que les secondes peuvent aussi bien viser l'extraterritorialité indirecte des dispositions nationales que communautaires.

1) Mise en œuvre des accords de Porto

362. Sources de ces justifications. Le texte même des accords de Porto contient toutes les justifications nécessaires à notre propos. En effet, l'article 7 de cet accord dispose que : « Les actes auxquels il est fait référence ou qui sont contenus dans les annexes du présent accord ou dans les décisions du Comité mixte de l'E.E.E. sont obligatoires pour les parties contractantes et font partie de ou sont intégrés dans leur ordre juridique interne de la manière suivante: a) un acte correspondant à un règlement C.E.E. est intégré en tant que tel dans l'ordre juridique interne des parties contractantes; b) un acte correspondant à une directive C.E.E. laisse aux autorités des parties contractantes la compétence quant à la forme et aux moyens de sa mise en œuvre ». Les accords de Porto prévoient donc expressément l'intégration « forcée » des directives dans l'ordre juridique communautaire stricto sensu et sur le territoire de l'A.E.L.E.. Les accords de Porto ont également prévu une annexe IX relative aux services financiers, et plus précisément aux textes communautaires dont il convenait d'étendre l'application aux Etats membres de l'A.E.L.E.. Par la suite, des décisions du Comité mixte de l'E.E.E. sont venues modifier cette annexe, au gré des nouvelles directives. A ce jour, certaines d'entre elles n'ont pas été ajoutées à l'annexe dont il s'agit. Cependant, il faut ajouter que ni le traité de Rome, ni les directives étudiées ne prévoient de dispositions expresses concernant leur application au sein de l'E.E.E.. En effet, les dispositions communautaires ne connaissent pas, à l'inverse de ses Etats membres, le phénomène de transposition à la charge des seuls organes de l'Union : les décisions du Comité Mixte incorporent le droit dérivé sur le territoire de l'A.E.L.E.⁶⁷⁵. Il ne saurait donc y avoir qu'une extraterritorialité indirecte, puisqu'il est nécessaire de se reporter aux accords de Porto pour trouver le mobile permettant aux dispositions communautaires de produire leurs effets sur le territoire de l'A.E.L.E. d'une part, et qu'il faut recourir à l'entremise d'une institution externe à l'Union pour l'incorporation du droit dérivé communautaire au sein de l'A.E.L.E..

363. Conséquence. Nous venons de voir que par le truchement de l'article 7 des accords de Porto, les directives devaient s'appliquer aussi bien sur le territoire de l'A.E.L.E. que sur celui de l'Union, par voie d'extraterritorialité indirecte. Dès lors, cela signifie que la reconnaissance mutuelle des agréments, le home country control et la licence bancaire unique s'appliquent également au sein de l'A.E.L.E.. Cela permet à un établissement de crédit français de s'implanter au Liechtenstein, par exemple, nanti de

⁶⁷⁵ Voir COMMISSION BANCAIRE, L'Espace Économique Européen, *Bull. commission bancaire*, novembre 1994, n° 11, études, pp. 25 à 36, spécialement page 26.

l'agrément du C.E.C.E.I., et sous le contrôle de cette dernière autorité.

2) La mise en œuvre par la voie de traités bilatéraux ou multilatéraux

364. Différents types de Traités. Nous aborderons deux types de Traités. D'abord, ceux qui lient l'Union à un autre pays ou espace économique intégré seront étudiés, car ils concernent au premier chef l'extraterritorialité indirecte des dispositions communautaires, et en second chef les dispositions nationales. Ensuite, nous vérifierons si d'éventuels traités lient la France à d'autres pays situés hors de l'Union européenne, ceux-ci visant l'extraterritorialité indirecte des dispositions nationales. Nous procéderons à la recherche, au sein de ces textes, des éléments déclencheurs de l'application à l'étranger des dispositions communautaires ou nationales, à savoir la reconnaissance mutuelle des agréments, le home country control, et la licence unique.

a Traités entre l'Union et d'autres Etats ou regroupements d'Etats.

365. Eléments déterminants de l'extraterritorialité indirecte des dispositions communautaires résultant de tous ces accords. Selon nous, pour vérifier si un traité peut être susceptible d'entraîner l'application extraterritoriale des dispositions communautaires, il faut qu'il mette en œuvre l'une des démarches suivantes : soit une démarche fondée sur la réciprocité, le home country control et la reconnaissance mutuelle soit une démarche de détermination de la loi applicable. Par ailleurs, il faut également que le traité intéresse notre domaine d'activités. Compte tenu du fait que les Communautés ont conclu un nombre important d'accords, nous mènerons notre recherche au travers de quelques exemples. Si les éléments dont nous venons de mentionner la nécessité sont compris dans les accords conclus avec les Etats-Unis, le Canada, la Suisse, le Maghreb et les pays A.C.P., l'on pourra alors affirmer que les dispositions communautaires ont vocation à s'appliquer sur ces territoires, de manière indirecte.

366. Les rapports entre l'Union et les Etats-Unis. Mme le Professeur Marie-Françoise LABOUZ indique que ce domaine est constitué du secteur des assurances, des valeurs mobilières et des services bancaires, et qu'il souffre de la prolongation de la négociation multilatérale à l'O.M.C.⁶⁷⁶. Par ailleurs, la Fédération bancaire de l'Union européenne reproche un manque cruel de coopération bilatérale entre l'Union et les Etats-Unis. Et il faut bien reconnaître que si l'Europe n'a pas hésité à ouvrir son marché concernant les services bancaires et les services d'investissement – elle estime qu'un des moyens les plus efficaces d'investir les marchés étrangers est de permettre l'accès à son propre marché – il n'en est absolument pas de même des Etats-Unis. En effet, M. Pascal KERNEIS⁶⁷⁷ expose que « les Etats-Unis ont usé de pressions diverses et finalement demandé en 1993 puis en 1995 une exemption globale d'application de la clause de la Nation la Plus Favorisée sur la base de l'article II-2 de l'A.G.C.S., faute d'offres substantielles d'engagement de certains pays tiers asiatiques ».

⁶⁷⁶ Voir LABOUZ (M.F.), *Jurisl. Europe*, Fasc. 2211, Relations avec les pays industrialisés – Union européenne et Etats-Unis.

⁶⁷⁷ Voir KERNEIS (P.), Le partenariat entre l'Union européenne et les Amériques, colloque du C.E.D.R.E., Rennes, Novembre 1996, cité par LABOUZ (M.F.), *Op. cit.*, n° 35.

Malgré les initiatives européennes, les américains n'ont pas signé l'accord définitif sur les services financiers en 1996. Par la suite, les Etats-Unis ont conclu un accord bilatéral avec le Japon. Les échanges de lettres qui ont suivi, entre les autorités américaines, européennes et nipponnes, assurent que les entrepreneurs européens ne subiront pas de discrimination aux Etats-Unis⁶⁷⁸. Il reste que cet engagement n'est pas formalisé dans le cadre des accords multilatéraux pris dans le cadre de l'O.M.C., ce qui interdit à l'Europe, en cas de violation de cet engagement unilatéral, toute possibilité de saisir l'organe de règlement des différends. Tout ceci nous enseigne que visiblement, la question de la reconnaissance mutuelle des agréments entre les Etats-Unis et l'Europe n'est pas à l'ordre du jour, il apparaît donc difficile de prévoir une quelconque possibilité d'extraterritorialité indirecte sans l'acceptation des Etats-Unis.

367. Une extraterritorialité indirecte en bonne voie – accord entre l'Union et le Canada. Le Canada a consolidé dans cette entente⁶⁷⁹ la réglementation existante et accorde aux pays membres de l'O.M.C. les mêmes avantages qu'il accorde aux États-Unis et au Mexique en vertu de l'A.L.É.N.A.⁶⁸⁰, par application de la clause de la nation la plus favorisée comprise dans l'A.G.C.S.⁶⁸¹. De plus, les banques étrangères peuvent maintenant ouvrir directement des succursales au Canada et les filiales de banques étrangères originaires des pays ne faisant pas partie de l'A.L.É.N.A. peuvent exploiter des succursales sans avoir à obtenir l'autorisation du ministre des Finances Canadien⁶⁸². Par ailleurs, les succursales et les filiales des banques étrangères demeureront exclues du marché de détail pour le moment⁶⁸³. En 2000, tel qu'il était prévu statutairement à l'Accord sur les services, les pourparlers sur les services ont repris, notamment dans le domaine des services financiers. Une libéralisation accrue du secteur financier est souhaitée par plusieurs pays, dont le Canada. Quatre objectifs ont été fixés aux négociations de l'A.G.C.S.. D'abord, le Canada désire étendre et renforcer

⁶⁷⁸ Voir LABOUZ (M.F.), *Op. cit.*, n° 36 et 37.

⁶⁷⁹ Pour apprécier l'importance de cet accord, il faut savoir que l'Accord de l'O.M.C. sur les services financiers porte sur 95 % du marché mondial des services financiers. Ainsi, aux États-Unis, les services d'assurances représentent un marché de plus de 600 milliards de dollars américains et les services bancaires gèrent un volume de capitaux qui dépassent les 26 000 milliards de dollars. Le marché européen des services financiers serait du même ordre. Au Canada, le secteur des services financiers constitue 5 % du PIB et emploie directement 500 000 personnes.

⁶⁸⁰ Sur l'architecture de l'A.L.É.N.A., voir GRENON (J.Y.), L'accord de libre échange nord américain comparé à la Communauté économique européenne, *R.M.C.U.E.*, 1993, pp. 306 à 320.

⁶⁸¹ Comme la nation la plus favorisée est une association de libre échange, il y a lieu d'observer qu'au sein de cette zone, il existe une clause N.P.F. distincte.

⁶⁸² C'est ainsi que s'exprime le Ministère de l'Industrie et du Commerce du Québec, Direction de la politique commerciale, voir <http://www.mic.gouv.qc.ca/publications/comex/05-9-Services-financiers-sept2002.pdf>.

⁶⁸³ Voir, pour un rappel d'ensemble des accords liant le Canada avec l'Union, LABOUZ (M.F.), *Juriscl. Europe*, Fasc. 2212, Relations avec les pays industrialisés – Union européenne et Canada.

les engagements en matière d'accès aux marchés et de traitement national, et faire tomber d'autres obstacles au commerce des services financiers. Les quatre modes de fournitures pour lesquels le Canada voudrait un assouplissement sont la fourniture transfrontalière, la consommation de services financiers à l'étranger, la présence commerciale et le mouvement des personnes physiques. Les engagements qui sont déjà inscrits aux listes devraient être étendus, particulièrement, à l'égard de la fourniture transfrontalière et de la consommation de services financiers à l'étranger, pour tenir compte de l'expansion du commerce électronique. Essentiellement, le Canada veut obtenir des partenaires de l'O.M.C. des engagements équivalents à ceux que cet Etat possède actuellement dans ses lois et sa réglementation. Il sera par ailleurs intéressant de connaître la teneur de l'accord de libre échange à intervenir entre le Canada et l'Union

684 .

368. Une extraterritorialité indirecte en devenir concernant les services – les sept accords spéciaux entre l'Union et la Suisse . L'on sait que la Suisse, bien que membre de l'A.E.L.E., n'a pas souhaité rester liée dans le cadre des accords de Porto instituant l'E.E.E.. Aussi bien, sept accords spéciaux ont été conclus avec la Confédération Helvétique. Sa situation enclavée au sein de l'Europe, et non pas le fait que l'activité financière y soit fort développée, a sans doute contribué à l'élaboration de ces accords. Leur but est d'instaurer une zone de libre échange, taillée sur mesure pour la Suisse. Parmi les secteurs intéressés par ces accords, l'un d'entre eux emporte reconnaissance mutuelle des certificats. Sans aller jusqu'à prétendre que ce texte pourrait régir les prestations de services bancaires ou financières, il pourrait servir de modèle à des accords ultérieurs visant ces secteurs d'activités. D'une manière plus générale, ces accords ont été étudiés par MM. les Professeurs Nicolas LEVRAT et René SCHWOK, avant leur acceptation par le peuple Suisse⁶⁸⁵. Il s'agissait d'une étude d'évaluation, qui montrait déjà que les services n'étaient pas directement abordés par ces accords, et encore moins les services financiers. En fait, c'est l'accord sur la libre circulation des personnes qui traite des services. Mais l'étude aborde simplement les questions relatives à l'accès aux services par les personnes physiques, et non point celles ayant trait aux opérateurs chargés de les fournir. Quant à l'accord définitif, il prévoit bien une libéralisation partielle du domaine des services. Il précise, d'une part, que dans les domaines régis par un accord de prestations de services entre la Suisse et l'UE, la libre prestation de services ne devra pas être entravée par des dispositions nationales restrictives sur la circulation des personnes. Il reconnaît, d'autre part, aux prestataires de services le droit de se rendre dans le pays d'accueil et d'y séjourner jusqu'à 90 jours par année pour y fournir leurs prestations. Jouiront de ce droit les indépendants et les

⁶⁸⁴ Voir sur ce projet d'accord de libre échange entre le Canada et l'Union européenne la position exprimée en septembre 2002 par le Ministère de l'Industrie et du Commerce du Québec, Direction de la politique commerciale, à l'adresse <http://www.mic.gouv.qc.ca/publications/comex/18-NoteARM-septembre%202002.pdf>.

⁶⁸⁵ Cette étude prospective est disponible sur le site officiel de l'Etat de Genève, la table des matières étant à l'adresse http://www.geneve.ch/bilaterales/pages/etude/table_matiere.htm. Voir également BIEBER (R.), Quelques remarques à l'occasion de l'entrée en vigueur des accords bilatéraux Suisse-CE, in *Mélanges en l'honneur de Bernard DUTOIT*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Librairie Droz, Genève, 2002, pp. 13 à 20.

personnes morales qui enverront leurs travailleurs dans le pays d'accueil. Il n'y a donc pas encore de réelle liberté de prestation de services ou de reconnaissance mutuelle des agréments bancaires et financiers dans ces accords. Cela étant, il est possible que la situation soit appelée à évoluer sur ce plan. En effet, en juin 2001, la Suisse et l'U.E. ont décidé d'ouvrir de nouvelles négociations bilatérales sur dix thèmes, dont celui des services⁶⁸⁶. Il est d'ailleurs intéressant de constater que l'ambassade de Suisse à Paris affirme clairement que « Depuis plusieurs années, l'objectif clairement affiché par le Conseil fédéral (gouvernement suisse) est, à terme, l'adhésion à l'Union européenne (UE). Il est motivé par la volonté d'agir contre l'isolement économique, politique et culturel de la Suisse suite à l'effondrement du bloc communiste alors que l'UE, qui maintenant encoure la Suisse, est devenue l'acteur principal du continent. Par ailleurs, la Suisse partage avec ses voisins la même culture et les mêmes valeurs : démocratie, volonté de paix et de prospérité du continent européen grâce à une économie de marché et un esprit de solidarité entre pays »⁶⁸⁷. Il y a donc fort à parier que la Suisse pourra devenir, dans l'attente de son adhésion à plus long terme, une zone d'extraterritorialité indirecte des dispositions communautaires et partant, des dispositions nationales⁶⁸⁸ relatives aux monopoles bancaires et financiers.

369. Une extraterritorialité indirecte en germe concernant les services – accords entre l'Union et le Maghreb. La relation contractuelle avec les Etats du Maghreb (Algérie, Maroc, Tunisie), du Machrek (Egypte, Jordanie, Liban, Syrie) et Israël ne s'est jamais inscrite dans une convention globale : elle a fait l'objet d'accords bilatéraux parallèles successifs conclus avec chacun d'entre eux. Cependant, une conception plus globale a vu le jour lors de la Conférence de Barcelone en 1995, qui a réuni autour de l'Union l'ensemble des pays riverains de la Méditerranée. La coopération commerciale est basée sur un libre accès au marché communautaire pour les produits industriels, mais à l'heure actuelle, rien ne concerne les services. L'objectif est d'instaurer une coopération régionale qui devrait aboutir, à l'horizon 2010, à l'instauration d'une zone de libre échange.

370. Extraterritorialité indirecte inexistante pour les services – l'accord de Cotonou. Cet accord a été signé le 23 juin 2000, et a pris la suite des conventions de Lomé. Il a été conclu entre l'Union et les pays « Afrique, Caraïbes, Pacifique », dits pays A.C.P.. Ces pays sont aujourd'hui au nombre de 77. Un partenariat économique a été mis en place, mais pour l'heure, il n'y a pas à proprement parler de reconnaissance mutuelle des agréments, et rien ne concerne expressément les services financiers ou les activités bancaires. Cet accord porte plutôt sur les produits manufacturés.

⁶⁸⁶ Voir sur ce cycle de négociations, dénommées négociations bilatérales II, le site de l'ambassade de Suisse à Paris, à l'adresse http://www.eda.admin.ch/paris_emb/f/home/lasuisse/relations1/accords//l#0004. Voir pour plus de détails la page du bureau de l'intégration, à l'adresse <http://www.europa.admin.ch>.

⁶⁸⁷ Voir http://www.eda.admin.ch/paris_emb/f/home/lasuisse/relations1/accords//l#0001.

⁶⁸⁸ Sur la question de l'importance du type d'extraterritorialité des dispositions communautaires sur le type d'extraterritorialité des dispositions nationales, voir *infra* n° 433.

b Traités liant la France et un ou plusieurs autres Etats.

371. Présence d'accords bilatéraux – la question monégasque. MM. PELTIER et FERNANDEZ-BOLLO affirmaient que les directives bancaires et financières n'ont pas à s'appliquer dans la Principauté compte tenu du fait qu'elle ne fait pas partie de l'Union⁶⁸⁹. Sauf à ce que les autorités monégasques acceptent d'appliquer les directives en question, de facto ou de jure par un engagement unilatéral, ou bilatéral s'il est conclu avec la France par exemple. Or, tel est le cas, puisque la France, agissant au nom de l'Union européenne⁶⁹⁰, et la Principauté ont conclu une convention monétaire, en date du 24 décembre 2001, qui prévoit que s'agissant des directives communautaires, la Principauté de Monaco applique les dispositions prises par la France pour transposer les actes relatifs à l'activité et au contrôle des établissements de crédit et à la sécurité des systèmes de paiement et de règlement⁶⁹¹. Nous observerons que le fait que la France agisse au nom de l'Union indique que la volonté d'étendre le champ d'application communautaire des monopoles professionnels ne résulte pas seulement de la France, mais de l'ensemble de l'Union. Il n'est donc pas possible de relever une résistance du droit interne, mais bien une action synchrone entre le droit français et le droit communautaire pour que les établissements de crédit monégasques soient soumis aux mêmes règles que celles qui régissent les établissements de crédit français⁶⁹².

B) L'extraterritorialité indirecte textuelle par la mise en œuvre d'une autre loi.

372. Présentation du problème. L'hypothèse ici présentée est celle dans laquelle une juridiction, une autorité ou un opérateur est conduit à s'interroger sur l'application d'un texte donné – ce peut être la *lex fori* – à une situation internationale. Ce faisant, il s'aperçoit que l'une des conditions de sa mise en œuvre est le respect d'une autre loi. Dans notre hypothèse, il s'agira des dispositions relatives aux monopoles bancaires ou financiers. L'on peut affirmer qu'il y aura là une forme particulière d'extraterritorialité indirecte, dans la mesure où la situation étudiée pourra être régie par un texte qui

⁶⁸⁹ Voir PELTIER (F.) et FERNANDEZ-BOLLO (E.), *Jurisl. Banque et crédit, Op. cit.*, Fasc. 50, n° 81.

⁶⁹⁰ Elle a été mandatée par l'Union pour ce faire. En effet, la Déclaration n° 6, annexée à l'acte final du Traité sur l'Union européenne, relative aux relations monétaires avec la République de Saint-Marin, la Cité du Vatican et la Principauté de Monaco prévoit que « La Communauté s'engage à faciliter la renégociation des arrangements existants (entre l'Italie et Saint-Marin, entre l'Italie et la Cité du Vatican, et entre la France et Monaco) dans la mesure nécessaire, par suite de l'introduction de l'euro comme monnaie unique ». Par trois décisions distinctes en date du 31 décembre 1998, numérotées 1999/96, 1999/97 et 1999/98, publiées au J.O.C.E. n° L 30, 04.02.1999, le Conseil de l'Union, se fondant sur cette déclaration et sur l'article 110.3 du Traité instituant la Communauté européenne, a délégué à la France et à l'Italie, respectivement, la négociation et la conclusion, au nom de la Communauté, de nouveaux accords avec Monaco, Saint-Marin et le Vatican.

⁶⁹¹ Pour une étude, voir POLITRONACCI (E.), L'euro et les États et territoires associés, in *Bulletin de la Banque de France* - N° 97 - janvier 2002, Études, pp. 45 à 56, notamment page 56.

⁶⁹² Voir sur cette question « L'extension à Monaco de la loi française », disponible à l'adresse <http://reseauvoltaire.net/article8429.html>.

initialement, ne s'était pas donné cette portée. Il doit être précisé ici que pour la simplification du raisonnement, la norme passerelle aura été déclarée applicable par le jeu de la théorie classique des conflits de lois. Deux exemples peuvent caractériser cette problématique, avec des intérêts différents. Il s'agit d'abord des marchés réglementés, et ensuite des opérations de cessions DAILLY.

1) L'hypothèse des marchés réglementés

373. Nature des textes en cause. Aux termes de l'article L.421-6 du code monétaire et financier, « les négociations et les cessions réalisées sur le territoire français et portant sur des instruments financiers admis aux négociations sur un marché réglementé ne peuvent être effectuées, à peine de nullité, que par un prestataire de services d'investissement ou, lorsque elles sont effectuées sur un marché réglementé, par tout membre de ce marché ». Le présent propos traite, il est vrai, d'une situation dans laquelle l'implantation à l'étranger par un prestataire français n'apparaît pas a priori visée puisque les négociations et les cessions doivent intervenir sur le territoire français. Mais le vecteur d'application extraterritoriale des monopoles financiers français, constitué par l'article L.421-6 précité, fonctionne de la même façon que nos hypothèses d'extraterritorialité indirecte textuelle. C'est pour cela que nous l'évoquons ici.

374. Problématique. Les textes nationaux ou communautaires restreignent l'accès des marchés réglementés, c'est-à-dire ceux soumis au contrôle d'une autorité de tutelle, à des opérateurs qualifiés. Mais les différents textes n'ont pas la même conception des personnes susceptibles d'intervenir sur les marchés réglementés. Ainsi, si un opérateur veut intégrer un marché réglementé français ou communautaire, la question qui va se poser sera celle de savoir si la qualité de cet opérateur doit être appréciée par le prisme de la loi de l'Etat d'origine, ou par la loi du marché convoité – en l'occurrence la loi française, par exemple. Dans cette dernière hypothèse, il y aurait extraterritorialité indirecte textuelle car la loi française relative à l'accès et à l'exercice des activités financières sortirait bien ses effets dans une zone qui initialement n'était pas expressément couverte par ces textes.

375. Relativité du problème. D'emblée, nous devons apporter une précision d'importance : cette situation suppose l'absence d'accord de reconnaissance mutuelle des agréments ou des opérateurs susceptibles d'exercer sur un marché réglementé. En effet, si un tel accord existe entre l'Etat du siège de l'opérateur et l'Etat dans lequel se situe le marché, il y aura lieu de se référer au traité pour résoudre le problème. Et si ce traité prévoit la reconnaissance mutuelle des opérateurs ou des agréments, la question pourra être purgée. Il faut donc supposer l'absence d'accord régional ou multilatéral pour que la question se pose avec toute son acuité. Ainsi, se trouvent exclus de cette analyse tous les prestataires situés dans les Etats membres de l'E.E.E.⁶⁹³, ainsi que tous ceux dont le siège se situe sur le territoire d'un Etat qui aurait conclu avec la France ou l'Union un accord régional de reconnaissance mutuelle dans le cadre permis par l'O.M.C. par exemple.

⁶⁹³ Sur la situation au sein de l'E.E.E. concernant l'accès aux marchés financiers, voir CARREAU (D.) et BERLIN (D.), *Europe*, Fasc. 1031, Bourses et valeurs mobilières – Accès au marché financier, n° 59 à 106.

376. Proposition de résolution du problème. Une première idée pourrait consister à effectuer une comparaison entre la loi du siège et la loi du marché, pour connaître laquelle des deux est la plus contraignante. Si la loi du marché est moins sévère que la loi du siège, elle serait alors automatiquement respectée par le prestataire étranger désirant opérer sur un marché réglementé français, sauf distorsions d'interprétation. Mais il faut également ajouter que dénier l'application de la loi du marché – en l'espèce la loi française – pour déterminer quels opérateurs peuvent être autorisés à exercer sur ledit marché reviendrait à priver de toute portée les dispositions de police que cette législation contient. En effet, comme le relève M. le Professeur Hervé SYNDET, à propos de l'obligation d'intermédiation quant aux négociations d'instruments financiers : « réalisées sur un marché réglementé français, elles supposent l'intervention d'un prestataire admis à opérer sur ce marché »⁶⁹⁴. Il ajoute que « l'intermédiaire proposant de telles négociations doit avoir la capacité d'opérer en France »⁶⁹⁵. Cet auteur ne paraît pas se prononcer expressément sur la loi permettant de dire si un prestataire dont le siège est situé à l'étranger est admis à négocier des instruments financiers sur le marché français. Cela étant, il serait difficile aux autorités françaises d'appliquer la loi du siège du prestataire : cela reviendrait à une analyse à deux vitesses desdits prestataires. Soit une pour les intermédiaires français, devant se conformer à la loi M.A.F., et une pour les entreprises étrangères, qui se conformant à leur loi nationales, pourraient se passer de l'autorisation des autorités du lieu du marché pour y exercer. Il en découle donc que la loi française viendra bien vérifier si tel prestataire établi à l'étranger peut exercer sur le marché français. Nous verrons que cela tient à la présence sur le sol français du critère d'efficacité internationale de la disposition de la loi M.A.F., définissant les prestataires de services d'investissement, dont l'application est recherchée⁶⁹⁶. Parallèlement, l'accès aux marchés réglementés étrangers supposera évidemment que le prestataire français qui voudrait s'y implanter se conforme à la législation locale, y compris lorsqu'elle vérifie que ledit prestataire remplit les conditions requises pour travailler sur ledit marché. L'extraterritorialité indirecte des dispositions françaises ne se fera donc plus pour l'implantation à l'étranger, mais pour la venue d'un nouvel opérateur sur le marché national. En effet, c'est dans ce cas seulement que les intérêts généraux ou catégoriels servis par la loi M.A.F. doivent être protégés. Un élément complémentaire doit être précisé, pour conforter cette analyse selon laquelle les dispositions de la loi M.A.F. définissant le prestataire de services d'investissement, et celles relatives à leurs monopoles, peuvent recevoir application hors de nos frontières par le truchement d'un autre texte non conventionnel. Cet élément tient à ce que les articles 43 et 45 de la loi M.A.F., l'article 43 étant devenu aujourd'hui l'article L.421-6 précité du code monétaire et

⁶⁹⁴ Sur cette question, voir SYNDET (H.), *Libres propos d'internationaliste sur les obligations d'intermédiation et de concentration*, *Mélanges VASSEUR*, Banque éditeur, Paris, 2001, pp. 129 à 142, spécialement page 135.

⁶⁹⁵ *Ibidem, op. et loc. cit.*. Nous observerons que l'emploi du terme « capacité » nous paraît inapproprié, la restriction à l'activité de négociation d'instruments financiers devant s'analyser comme une interdiction. Sur ce point, voir nos développements *supra* n° 65 et suivants.

⁶⁹⁶ Voir nos développements *infra* n° 632 à 635.

financier, sont tous deux des dispositions de police, ainsi que le remarque M. le Professeur SYNDET ⁶⁹⁷ : « du point de vue des méthodes du droit international privé, les dispositions énoncées aux articles 43 et 45 de la loi M.A.F. appellent indiscutablement la qualification de lois de police. Il convient donc de partir des textes et des objectifs qui les sous-tendent pour délimiter le champ d'application dans l'espace de la loi française ». Si l'on se souvient que l'obligation d'intermédiation résulte de la même loi – la loi M.A.F. – que la définition de ce qu'est un prestataire de services d'investissement, toute incertitude peut paraître levée. Le raisonnement se complique pour la cession DAILLY.

2) La cession DAILLY

377. Problématique. L'hypothèse que nous envisageons ici a un double intérêt. D'abord, elle permet de mettre en exergue l'une des manifestations de l'extraterritorialité indirecte des textes bancaires français par l'entremise d'une autre loi. Ensuite, elle peut s'intégrer dans le présent titre dans la mesure où la situation à laquelle l'on parvient peut conduire à restreindre la possibilité pour les établissements de crédit français de prêter hors de l'E.E.E. dans certains cas, par mesure de rétorsion. L'on peut présenter le problème de la manière suivante. La loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, dite loi Dailly, a été insérée dans le code monétaire et financier, sous les articles L.313-23 et suivants. Le décret d'application n° 81-862 du 9 septembre 1981 accompagne ce texte. Cette loi est le fruit d'une proposition de loi présentée par le Sénateur Etienne DAILLY. La convention cadre prévoyant la cession DAILLY est une convention de crédit. Les parties à cette opération de cession de créances professionnelles ont leur importance relativement au sujet qui nous préoccupe. Si le cédant peut être une personne physique ou une personne morale, le cessionnaire, quant à lui, ne peut être qu'un établissement de crédit. Cette notion est plus large que celle de banque, et accueille les sociétés d'affacturage ⁶⁹⁸. L'article 1^{er} de la loi DAILLY dispose que « tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne morale [...] peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance... ». De plus, selon l'article 3 de cette loi, devenu l'article L.313-26 du code monétaire et financier, « le bordereau n'est transmissible qu'à un autre établissement de crédit ». Dès lors, si une convention de cession de créances professionnelle au profit d'un établissement de crédit étranger est soumise à la loi française, un problème se pose. Doit-on considérer l'établissement de crédit au regard de la loi étrangère, la loi du siège, ou au regard de la loi française, pour déterminer s'il peut ou non être cessionnaire de la créance ou du bordereau ? Dans cette dernière hypothèse, la loi française sortirait bien ses effets juridiques à l'étranger, sans qu'elle ne contienne quelque précision que ce soit en ce sens. Il y aurait donc bien extraterritorialité indirecte textuelle. Ce problème est loin d'être purement théorique. En effet, M. le Ministre de la Justice, Dominique PERBEN, interrogé par M. le Député Jérôme BIGNON, a répondu à la question de savoir si les établissements de crédit étrangers hors Union Européenne ⁶⁹⁹ étaient admissibles à être cessionnaires dans le cadre d'une cession par bordereau DAILLY. Il a estimé qu'une telle

⁶⁹⁷ *Ibidem*, Op. cit., page 133, n° 6.

⁶⁹⁸ COURET (A), DEVÈZE (J.) et HIRIGOYEN (G.), *Droit du financement*, Lamy, 2001, n° 2818.

cession s'analysait en une opération de crédit, au sens de l'article L.313-1 du Code monétaire et financier. Dès lors, il a précisé que la directive bancaire transposée aux articles L.511-21 du même code institue un passeport européen au profit des établissements de crédit ayant leur siège dans l'espace économique européen – M. le Ministre a rectifié – mais que s'agissant des banques étrangères, elles doivent disposer de l'agrément pour pouvoir réaliser à titre habituel des opérations de banque sur le territoire français. Il en a conclu que la cession de créances non échues est réservée aux établissements de crédit dûment agréés par le C.E.C.E.I. ou habilités à exercer en France, en application du droit communautaire⁷⁰⁰. Selon le Ministre, donc, la loi bancaire peut donc recevoir application extraterritoriale du fait de la passerelle « loi Dailly », et ce de manière impérative. Cette prise de position n'est pas sans encourir au moins cinq observations critiques.

378. Appréciation critique. Le premier des problèmes posés par ce raisonnement est la contradiction entre les intérêts qui guident la loi DAILLY, et ceux guidant la loi bancaire. En effet, si la loi bancaire a pour objectif la protection d'intérêts étatiques et d'intérêts catégoriels, c'est-à-dire les professionnels et les particuliers, la loi DAILLY a pour objectif de faciliter le crédit aux entreprises, ainsi qu'en atteste son titre. Il apparaît donc assez saugrenu d'admettre que restreindre le choix du cocontractant puisse protéger l'entreprise. D'autre part, il faut rechercher si le fait, pour un établissement de crédit étranger, d'être cessionnaire dans le cadre d'opérations de cession DAILLY, est constitutif de l'exercice en France d'une activité de banque. Et sur ce plan, il est permis d'en douter : comme certains auteurs ont pu le relever, le transfert de créances professionnelles à un établissement de crédit constitue le plus souvent un mécanisme de garantie et non de crédit⁷⁰¹. Par conséquent, non seulement l'on ne peut parler systématiquement d'opération de banque, mais encore la position exprimée par M. le Ministre se trouve contraire à l'un des principes contenus dans la Convention de Rome du 19 juin 1980, et selon lequel les parties sont libres de choisir la loi qui gouvernera la constitution d'une sûreté⁷⁰². Il y a donc une première violation de la règle « pacta sunt servanda » exprimée par l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités. Cela étant, lorsque l'opération de cession DAILLY ne s'analyse qu'en opération de crédit, la position ministérielle n'encourt plus ce grief. Par ailleurs, M. le Ministre n'envisage pas les accords de reconnaissance mutuelle, hormis celui existant au sein de l'E.E.E.. Enfin, il nous semble que les dispositions des accords du G.A.T.S. se trouvent bafouées par une telle prise de position, dans la mesure où celle-ci constitue une restriction difficilement justifiable au commerce international des services. Or, cela constitue, à notre sens, une violation de plus de la règle « pacta sunt servanda ». Et concrètement, il est fort probable qu'une telle application extraterritoriale, sans aucun doute non consentie par les autorités

⁶⁹⁹ M. le député aurait été mieux inspiré en précisant « hors espace économique européen ».

⁷⁰⁰ Voir Réponse du Ministre de la Justice à M. Jérôme BIGNON, *J.O.A.N.*, Q., 27 janvier 2003, pp. 600 à 601, et voir *J.C.P.*, éd. E., 2003, page 294.

⁷⁰¹ Voir en ce sens EUROPLACE, Livre blanc, Comité de Droit financier, décembre 2003, page 151, reprenant une étude de ADELLE (J.F.), La cession Dailly est-elle réservée aux banques communautaires ? *Banque et droit*, n° 89, mai juin 2003, pp. 3 à 5.

de l'Etat dont l'établissement cessionnaire relève, les Etats-Unis, par exemple, pourrait être la source de contre-mesures, autrement dit des mesures de rétorsion. Ce dernier point intéresse donc au plus haut point l'exercice par des établissements bancaires français de leurs activités hors E.E.E.

379. Propositions de solutions. Nous avancerons deux solutions. La première est qu'en laissant la loi DAILLY en l'état, l'on pourrait raisonner, là encore, en effectuant une comparaison entre les deux législations, celle du siège de l'établissement cessionnaire, et le texte français, loi de l'opération de cession Dailly, et aboutir à la même conclusion que celle relative aux marchés réglementés. Cela étant, il convient de rechercher si la disposition précitée peut être qualifiée de loi de police, si elle vise à la satisfaction d'intérêts généraux ou catégoriels suffisamment importants. En effet, si l'on peut admettre que la législation relative aux marchés réglementés pouvait se comprendre comme visant à préserver l'intégrité dudit marché, l'objectif de la loi DAILLY procède de la volonté de favoriser les entreprises françaises, notamment à l'exportation puisque les modalités de cession d'une créance professionnelle sont simplifiées par rapport au droit commun de l'article 1690 du Code civil. La deuxième solution consisterait à rendre le droit français plus clair, en précisant expressément que ces cessions pourront s'opérer au profit d'une structure considérée comme un établissement de crédit par la loi de l'Etat de son siège. A cet égard, le Comité de droit financier d'EUROPLACE propose de préciser, dans l'article L.313-23 alinéa 1 du Code Monétaire et Financier, que ces opérations pourront se faire au profit « d'une personne morale autorisée à poursuivre à titre habituel dans son Etat d'origine des activités de crédit où à escompter des créances... »⁷⁰³. A notre avis, la notion de loi de l'Etat d'origine demanderait à être précisée, à l'instar de ce qui se fait dans les directives européennes. Reste cependant qu'un tel dispositif aboutira à dénier toute portée extraterritoriale indirecte à la loi bancaire française dans ce cas précis.

380. Conclusion sur l'extraterritorialité indirecte textuelle. A l'issue de ces développements, l'on peut observer que la volonté joue un rôle capital dans l'application extraterritoriale d'un texte. Volonté réciproque et officialisée tout d'abord, lorsque l'on a affaire à un Traité. C'est parce que les Etats ont manifesté une volonté commune – reconnaissance mutuelle – que l'application extraterritoriale peut être mise en œuvre. Volonté de préservation d'un intérêt vital lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre d'une seconde loi, qui prendra la fonction de passerelle. Se peut-il, toutefois, que l'application

⁷⁰² Voir rapport EUROPLACE précité, page 152, et ADELLE (J.F.), *Op. cit.*, page 4. Ce grief doit être tempéré, dans la mesure où les questions de l'opposabilité et de la part réelle – c'est-à-dire la détermination des biens sur lesquels la sûreté en question portera – ne sont pas soumises à la loi d'autonomie. Dans le silence de la Convention sur ces questions, l'on peut s'interroger sur la loi applicable, et l'on comprend d'autant mieux les réflexions de la Commission dans son livre vert sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire d'une part, et des documents subséquents sur ce point d'autre part. Voir Livre vert de la Commission des communautés européennes sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, Document COM. (2002), 654 final du 14 janvier 2003, pp. 42 à 45. Et voir STOUFFLET (J.), *Opposabilité aux tiers de la cession de créance dans le commerce international (projets de convention C.N.U.D.C.I. et de réforme de la Convention de Rome, R.D.B.F., 2004, pp. 128 et 129.*

⁷⁰³ Voir rapport EUROPLACE précité, page 154.

extraterritoriale puisse s'affranchir de tout texte ? C'est ce qu'il convient de vérifier, et l'on verra là encore que la volonté a un rôle très important.

§ - 2 L'extraterritorialité indirecte non textuelle.

381. Deux hypothèses à vérifier. Nous avons jusqu'à présent envisagé des hypothèses dans lesquelles la norme portée s'appliquait hors de son territoire en vertu d'une norme passerelle textuelle. Mais, pour tenter d'être exhaustif, il convient de vérifier si d'autres normes ne pourraient pas susciter le même phénomène. Nous envisagerons d'abord le cas de l'extraterritorialité indirecte décisionnelle, c'est-à-dire sur la base d'une décision émanant d'une autorité juridictionnelle ou administrative. Ensuite, nous vérifierons si une norme portée peut s'appliquer hors de son territoire en vertu d'une norme passerelle non écrite, c'est-à-dire sur la base de comportements.

A) L'extraterritorialité décisionnelle

382. Distinctions. A titre liminaire, il convient de rappeler qu'un certain nombre de notions ne doivent pas être confondues. La question que nous allons aborder doit être traitée indépendamment de toute idée de compétence de l'organe auteur de la décision dont nous voulons vérifier qu'elle pourrait servir de passerelle. Un présupposé à notre réflexion consiste à admettre que la décision rendue l'a été par l'autorité administrative ou juridictionnelle qui avait toute compétence, dont compétence *ratione loci*, pour le faire. Dès lors, le problème peut être posé comme suit : un juge ou une autorité administrative du for peuvent-ils donner à la *lex fori* une portée extraterritoriale du seul fait de la décision qu'ils auraient rendue sans se référer à une norme passerelle textuelle ? Cela nous ramènera à une problématique bien connue du droit international privé, à savoir la possibilité pour un juge ou une autorité saisie soit d'appliquer la loi étrangère, soit d'appliquer la *lex fori* à une situation ayant produit certains de ses effets à l'étranger. Pour le sujet qui nous préoccupe, à savoir l'extraterritorialité indirecte des dispositions de police françaises ou communautaires, qu'il faudra distinguer, la question se résume seulement à l'application à l'étranger de la *lex fori* par le juge ou l'autorité. Pour tenter d'être complet, nous étudierons tour à tour l'extraterritorialité indirecte issue des décisions juridictionnelles et des décisions émanant d'autorités.

1) L'entremise du juge

383. Prolégomènes – rôle de la jurisprudence en droit international privé. Le droit international privé est un droit savant, telle était la constatation de M. le Professeur Bruno OPPETTIT⁷⁰⁴. Vérifiant ce caractère, s'agissant de la jurisprudence, il remarquait que s'inspirant parfois de positions doctrinales fouillées⁷⁰⁵, elle acquiert une force obligatoire très importante⁷⁰⁶ : la qualité de l'œuvre normative de la jurisprudence française de droit

⁷⁰⁴ Voir OPPETTIT (B.), *Le droit international privé, droit savant*, *R.C.A.D.I.*, 1992, III, Vol. 234, pp. 331 à 433.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, page 392.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, page 384.

international, fruit de son dialogue incessant avec la doctrine, fait que ce qualificatif a pu lui être adressé ⁷⁰⁷. Cette force peut nous conduire à nous poser la question de savoir si la jurisprudence a suffisamment d'influence, de force obligatoire, pour permettre à un texte donné de s'appliquer à l'étranger, hors les cas d'extraterritorialité directe ou indirecte textuelle, et sur le seul fondement des décisions rendues. Concrètement, par une sorte de précédent, l'établissement de crédit dont le siège est situé en France, et qui souhaiterait s'implanter à l'étranger, dans une zone sans accord de reconnaissance mutuelle, peut-il le faire nanti de l'agrément du C.E.C.E.I., dès lors qu'un juge, français ou étranger, aurait estimé que les dispositions françaises s'appliquaient à un contrat ou à une situation internationale ?

384. Distinction. Ce type d'extraterritorialité indirecte sera appréhendé en étudiant d'une part l'intermédiaire du juge français, et d'autre part l'entremise du juge communautaire. En effet, le premier utilise depuis longtemps la théorie des lois de police, normes dont nous sommes en train de tenter de délimiter les possibilités d'application extraterritoriale. En revanche, le second ne s'est doté d'une définition de ce concept que depuis peu de temps, il est donc fort possible que sa position puisse s'analyser différemment.

a L'extraterritorialité indirecte des dispositions françaises par l'entremise du juge.

385. Présentation du problème. L'idée qui sous-tend le présent propos est de vérifier que le juge français peut appliquer les dispositions françaises hors du territoire national en cas de litige, et hors les cas d'extraterritorialité directe. La question se distingue nettement de la compétence dudit juge à trancher le litige, ce dernier point étant un préalable à la recherche de la loi applicable ⁷⁰⁸. En cas d'extraterritorialité indirecte, il faudra, pour répondre à cette question, dire si le champ d'application territoriale de la norme portée constitue un maximum. Dans ce cas, l'entremise du juge ne pourra conduire à étendre ce champ d'application. Ensuite, le but poursuivi par les dispositions analysées peut conférer aux juges des directions d'interprétation, notamment en présence de consommateurs. Enfin, les juges seront tenus de motiver leurs décisions. Dès lors, il nous semble que l'office du juge ne peut à lui seul justifier une application extraterritoriale sans élément probant pour en justifier.

386. Distinction selon que les textes sont autolimités ou non. Un texte autolimité se trouve bloqué à un champ d'application territoriale maximum. MM. les Professeurs HOLLEAUX, FOYER et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE indiquent d'ailleurs que les lois d'application immédiate du for sont susceptibles d'être appliquées à l'étranger si leur domaine ne constitue pas un maximum c'est-à-dire qu'elles sont autolimitées. Les dispositions françaises étudiées sont des dispositions de police. En principe, certaines sont autolimitées, et d'autres non. Pour réaliser cette distinction, il faut préciser, avec les

⁷⁰⁷ *Ibidem*, page 384.

⁷⁰⁸ Voir RIGAUX (F.), Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1989, I, Vol. 213, pp. 9 à 408, spécialement § 15, et les n° 98, 115, 170 et 261.

auteurs précités, que « l'autolimitation d'un texte vient de ce que la loi en question est déterminée par des circonstances économiques ou sociales propres au pays qui l'a édictée ou, si ces circonstances se retrouvent dans d'autres pays, telles qu'il revient à chaque Etat d'en tenir compte à sa manière, pour les relations qui entrent dans sa zone d'intérêt et constituent précisément à la fois minimum et maximum de la loi de police »⁷⁰⁹. Or, il faut bien comprendre qu'à l'inverse de la législation sur les baux d'immeubles dérogatoires au droit commun du 1^{er} septembre 1948, ni la loi bancaire, ni la loi M.A.F. n'ont été dictées pour tenir compte de circonstances économiques particulières. En revanche, les auteurs précités ajoutent que les lois de police non autolimitées sont « celles qui, malgré l'importance de leur fonction sociale, d'où se déduit leur domaine minimum d'application, protègent des intérêts privés »⁷¹⁰, intérêts que M. le Professeur Pierre MAYER qualifiait de « non liés par nature à un environnement économique ou social particulier »⁷¹¹. Sur ce plan, il s'avère que tant la loi bancaire que la loi de Modernisation des Activités Financières visent à la satisfaction de ce double objectif. Elles ne sauraient donc être autolimitées.

387. Distinction selon le but poursuivi par les dispositions de police. Les dispositions de police d'administration, c'est-à-dire celles visant à la sauvegarde de l'organisation étatique, n'ont pas réellement vocation à être appliquées pour des faits qui se sont produits à l'étranger. En revanche, les dispositions protectrices de la partie faible, aux rangs desquelles il faut compter les dispositions françaises sur les monopoles bancaire et financier, ont une vocation à attirer dans leur champ d'application un certain nombre de situations qui se sont déroulées à l'étranger pour une raison simple. Pour protéger efficacement le consommateur, c'est-à-dire, indirectement, ne pas le freiner dans son ardeur consommatrice, il faut que soit pleinement assurée sa sécurité juridique. En d'autres termes, il faut qu'il soit sûr des dispositions qui s'appliqueront à lui dès lors qu'il contractera avec un prestataire établi à l'étranger, le consommateur relèvera souvent de la loi du lieu de sa résidence, c'est-à-dire des dispositions qu'il est censé connaître⁷¹². Les législations peuvent servir simultanément les deux objectifs, comme celles que nous étudions, et nous y reviendrons⁷¹³. Mais nous ne l'aborderons pas immédiatement car l'obligation de motiver à la charge des juges nationaux suffit à montrer que ceux-ci ne peuvent pourvoir, par leurs seules décisions, à l'extraterritorialité indirecte des monopoles professionnels étudiés.

⁷⁰⁹ Voir HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et GEOUFFRE de la PRADELLE (G. de), *Droit international privé*, 1987, Masson, Paris, n° 658, page 326.

⁷¹⁰ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

⁷¹¹ Voir MAYER (P.), Les lois de police étrangères, *Clunet*, 1981, pp. 277 à 345, spécialement page 341. Voir également KINSCH (P.), L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel, *R.C.D.I.P.*, 2003, pp. 403 à 435.

⁷¹² Sur les difficultés et les modalités de cette distinction, voir nos développements, *infra* n° 455 et suivants ; sur ses modalités, voir NUYTS (A.), *Op. cit.*, page 42.

⁷¹³ Voir *infra* n° 455 et suivants.

388. Obligation de motiver à la charge des juges. Pour conclure sur ce type d'extraterritorialité indirecte, il doit être précisé que les juges doivent motiver leurs décisions. Y compris, donc, lorsqu'elles appliquent la loi française à une situation qu'elle ne visait pas expressément. Cette justification procède d'abord de l'application stricte des normes passerelles textuelles : le juge se référera à tel traité, pour justifier qu'il applique la loi française dans un cas qu'elle n'envisageait pas a priori. Elle résulte ensuite de la mise en œuvre de la théorie de la localisation, au travers de la recherche des critères permettant à la loi de s'appliquer⁷¹⁴. Peut-elle résulter de la seule volonté du juge ? S'agissant des juges nationaux, l'obligation de se référer à l'un des éléments de motivation que nous venons de répertorier interdit ce type de raisonnement. En revanche, l'entremise du juge prendra tout son sens dans l'interprétation de la norme passerelle s'il a compétence *ratione materiae* pour le faire, et de la norme portée. De plus, les juges communautaires ont déjà eu l'occasion d'affirmer l'extraterritorialité indirecte prétorienne des dispositions françaises, en se fondant uniquement sur leur propre jurisprudence. Ainsi, dans l'affaire Arblade déjà évoquée⁷¹⁵, la Cour de Justice des Communautés Européennes a appliqué la loi française pour affirmer qu'elle apportait déjà au salarié – dont l'employeur était, en l'espèce, implanté en France – la protection suffisante et voulue par la législation belge, même lorsqu'il était détaché en Belgique, et que par conséquent, l'employeur n'était pas tenu de respecter la législation locale⁷¹⁶. Pour fonder son propos, elle a appliqué un principe qu'elle a dégagé par plusieurs décisions antérieures⁷¹⁷. Relativement aux monopoles bancaires français, la C.J.C.E., dans l'affaire Parodi, qui nous retiendra plus longuement lorsque nous traiterons de la particularité de la méthode de localisation⁷¹⁸, la C.J.C.E. n'était saisie que d'une question préjudicielle, portant sur un problème de compatibilité de l'agrément français avec les dispositions du Traité de Rome, et n'avait donc pas à se prononcer dans les mêmes conditions que dans l'affaire Arblade sus évoquée. Qui plus est, la Cour de Justice n'aura pas à choisir entre les lois des Etats membres, car la reconnaissance mutuelle des agréments, la licence bancaire unique et le principe du contrôle par l'Etat d'origine permettent de s'en affranchir. La C.J.C.E. statuera donc, en la matière, non plus seulement sur la base de sa jurisprudence antérieure, mais au vu de ces trois éléments contenus dans les dispositions de droit dérivé.

⁷¹⁴ Voir sur ces questions nos développements *infra* n° 536 et suivants.

⁷¹⁵ Voir C.J.C.E., 23 novembre 1999, J.C. Arblade précitée, analysée *supra* n° 110, et 199.

⁷¹⁶ *Ibidem*, *Op. cit.*, pp. 718 et 719.

⁷¹⁷ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*, et notamment les §§ 34 et 38. Les décisions sur lesquelles elle s'est fondée sont les suivantes : C.J.C.E. 17 décembre 1981, Aff. 279/80.Rec. 1981 page 3305, § 17 ; C.J.C.E. 26 février 1991, Commission c/ Italie, Aff. C-180/89, Rec. page 1991 page I-709, § 17 ; C.J.C.E. 25 juillet 1991, Säger, Aff. C-76/90, Rec. 1990, page I-4221, § 15 ; et les références faites par M. FALLON, *Op. cit.*, page 719.

⁷¹⁸ Voir C.J.C.E., 9 juillet 1997, S.C.I. Parodi c/ Banque Albert de Bary et Cie, Aff. C-222/95, Rec. 97, I, page 3914 et s, et voir nos développements *infra* n° 468 et suivants.

389. Conséquence. il résulte de ce qui précède que ni le juge français, ni le juge communautaire n'ont la possibilité, sur la base de leurs seules décisions, de pourvoir à l'extraterritorialité indirecte des monopoles bancaires et financiers issus du droit français. Partant, l'établissement de crédit français qui souhaite s'implanter ou exercer à l'étranger, hors Union européenne, par exemple, ne pourra pas le faire s'il ne respecte pas les dispositions de la loi locale. Il reste à envisager quel peut être le rôle des juridictions communautaires à l'égard des textes communautaires.

b L'extraterritorialité indirecte des dispositions communautaires par l'office du juge.

390. Les normes communautaires sont-elles autolimitées ? La question qui se pose est celle de savoir si la C.J.C.E. peut, d'elle-même, estimer qu'une disposition communautaire est applicable hors du territoire visé à l'article 299 du Traité de Rome. L'intérêt d'une telle solution serait d'étendre, de façon strictement prétorienne, la reconnaissance mutuelle des agréments. Deux situations doivent être soigneusement distinguées. La première est celle dans laquelle la juridiction disposera d'un Traité faisant office de norme passerelle. Dans ce cas, la question du caractère autolimité de la norme communautaire ne se posera pas. En revanche, en l'absence d'un tel traité, il faudra que les juges motivent cette application extraterritoriale. L'office du juge se limitera dans un premier temps à la recherche de la norme passerelle adéquate, textuelle ou non, contraignante ou non. A défaut d'une telle norme, se pose alors une seconde question. Les juges peuvent-ils estimer que les dispositions communautaires s'appliquent hors du territoire de l'Union – et plus largement de l'E.E.E. sans recourir à une autre norme passerelle que la seule force obligatoire de leur décision ? ⁷¹⁹ Cela semble difficilement possible, dans la mesure où la C.J.C.E. est elle-même soumise à l'obligation de motiver ses décisions. Elle devra les asseoir sur le droit originaire et sur le droit dérivé. Le Traité de Rome modifié prévoit même que les avis qu'elle émet doivent être motivés, selon l'article 226.

2) L'entremise de l'autorité

391. Présentation du problème. A titre liminaire, nous rappellerons qu'à l'instar de ce que nous avons pu affirmer à propos de l'office du juge, la présente question doit être soigneusement distinguée de celle de la compétence *ratione loci* de l'autorité. Pareillement, les décisions prises par ces autorités devront être motivées. Il semble donc impossible que les décisions prises puissent à elles seules servir de passerelle à l'application à l'étranger des dispositions françaises. Tantôt elles s'appuieront sur un traité, tantôt sur la loi applicable à l'opération en cause (cession Dailly par exemple) à

⁷¹⁹ C'est dans cette hypothèse que répondre à la question de savoir si les normes communautaires sont ou non autolimitées présentera l'intérêt le plus marqué. Nous rappellerons qu'une norme autolimitée est celle dont le champ d'application territoriale constitue un maximum. Pour vérifier cette hypothèse, peut-on transposer la démarche faite par Messieurs HOLLEAUX, FOYER et De GEOUFFRE de la PRADALLE, en se basant sur le contexte économique auquel la disposition aurait cherché à répondre ? Il semble qu'il n'en soit rien, car l'Union européenne, regroupement d'Etats, présente de ce fait un caractère hétérogène. La France ne se situe pas dans le même contexte économique que le Royaume Uni, par exemple.

l'issue d'un raisonnement savignien. En revanche, leur rôle sera celui d'apprécier concrètement la situation sur le terrain, dès lors qu'elles auront compétence pour le faire. C'est donc par l'exercice du pouvoir de contrôle qui leur est dévolu qu'elles vont appliquer, en vertu d'une norme passerelle textuelle, les dispositions nationales ou communautaires. Ce faisant, elles concourent à l'application extraterritoriale des dispositions françaises, mais elles ne suffisent pas à la fonder.

B) L'extraterritorialité indirecte provenant d'une norme passerelle non juridiquement contraignante.

392. Les hypothèses. Nous avons vu que la norme passerelle pouvait juridiquement imposer l'application extraterritoriale d'une norme portée. L'on pourrait parler d'extraterritorialité indirecte de droit. Mais il peut exister des hypothèses dans lesquelles la norme passerelle ne sera pas juridiquement contraignante erga omnes parce que sa violation n'entraînera pas de sanction particulière. A cet égard, le comportement des opérateurs ou, sous certaines conditions, la volonté d'un Etat, peuvent être envisagées. Nous pourrions qualifier de « comportementale » cette forme d'extraterritorialité indirecte. Pour tenter d'apporter une réponse à cette problématique, les principes directeurs de ce type d'extraterritorialité indirecte seront dégagés, et ensuite appliqués aux monopoles bancaires et financiers. Il va de soi que cette question ne présente d'intérêt que dans la stricte mesure où il n'existe pas d'autres variétés de passerelles plus sûres.

1) Principes directeurs de l'extraterritorialité indirecte comportementale.

393. Le comportement des opérateurs. L'idée émise ici est que les professionnels peuvent décider de respecter, d'eux-mêmes, une législation plus contraignante que celle dont ils relèveraient normalement, pour pouvoir prétendre pénétrer un marché nouveau. Dans ce cas, aucune contrainte juridique extérieure n'oblige à une extraterritorialité de droit. En revanche, il y aura bien extraterritorialité indirecte de fait, puisque les effets engendrés par la norme portée seront bien constatés sur un territoire dans lequel elle n'avait pas a priori à en produire.

394. La volonté d'un Etat. L'hypothèse envisagée ici est celle dans laquelle un Etat n'est lié par aucune norme passerelle contraignante qui serait susceptible d'imposer l'application extraterritoriale des dispositions françaises ou communautaires. Soucieux cependant d'assurer des débouchés aux opérateurs implantés sur son territoire, cet Etat leur impose le respect de dispositions dont lesdits opérateurs ne relèveraient normalement pas⁷²⁰. Cette situation a bien souvent un caractère temporaire, en attendant une officialisation conférée par l'adhésion à une zone de libre échange ou un espace économique intégré, par exemple. Nous devons ajouter que dans cette situation, la portée pratique de l'extraterritorialité indirecte, causée par le comportement d'un Etat, dépendra du zèle de ce dernier à se conformer aux dispositions plus contraignantes.

⁷²⁰ L'hypothèse n'est pas d'école. Voir HARMATHY (A.), Le rapprochement du droit civil et du droit commercial hongrois avec les droits des pays de la communauté européenne, *R.I.D.C.*, 1993, Numéro spécial, Journées de la société de législation comparée, 8èmes journées juridiques franco-hongroises, pp. 145 à 156.

395. Élément caractéristique de ces normes passerelles. Ces comportements permettant l'application extraterritoriale des dispositions françaises ou communautaires procèdent d'une réception volontaire et unilatérale par les opérateurs ou les Etats de dispositions plus restrictives, d'où est absente toute idée de contrainte pour y procéder. Cela signifie qu'en aucun cas les dispositions issues de la norme portée ne pourront avoir de prétention à s'appliquer sans cette volonté unilatérale de l'Etat ou de l'autorité. Nous reviendrons sur l'importance de cette remarque lorsque nous distinguerons la sphère d'impérativité internationale des dispositions de police de leur sphère d'application supplétive⁷²¹.

2) Application aux monopoles bancaires et financiers – l'exemple suisse.

396. Présentation du comportement de la Confédération Helvétique. Nous avons vu que la Suisse n'était pas partie à l'accord de Porto, et que concernant les services financiers, les négociations bilatérales sont encore en cours à ce jour avec l'Union européenne. Dans l'attente de leur aboutissement, il faut analyser le comportement des autorités ou des opérateurs suisses, pour vérifier s'ils appliquent, de facto, les directives communautaires, ou s'ils alignent leur comportement sur celui de leurs homologues inclus dans l'Union européenne. Il faut immédiatement remarquer que le 4 mars 2001, le peuple Suisse, à une majorité de 76,7% de non, a refusé une initiative populaire demandant l'ouverture immédiate de négociations en vue d'adhérer à l'Union européenne⁷²². La ligne de conduite de la Suisse, depuis l'origine de la construction européenne, est de ne pas se couper de l'Europe, tout en évitant la mise en cause de la neutralité et de la souveraineté nationale, du fait, notamment, de la démocratie directe. Le Bureau de l'intégration suisse observe qu'aujourd'hui, il n'y a guère d'obstacles à fournir des services à des clients communautaires par le biais de filiales ou de succursales installées hors de Suisse. Mais cela conduit à un transfert de valeur ajoutée et d'emplois dans un des Etats membres de l'Union. Ce constat conduit la Suisse à souhaiter une libéralisation des services, afin que les opérateurs puissent prester à destination de l'Union, tout en restant en Suisse. Cependant, il faut préciser que la Suisse soumet l'implantation sur son territoire à l'exigence d'une condition de réciprocité.

397. La condition de réciprocité, tempérament à l'extraterritorialité comportementale ? MM. Carlo LOMBARDINI et Dominique PONCET ont exposé très précisément les modalités de cette condition⁷²³. Ils indiquent que l'article 5 alinéa 1 de l'ordonnance du Conseil Fédéral du 17 mai 1972 prévoit que la réciprocité est assurée lorsque « des personnes ayant leur siège ou leur domicile en Suisse sont à même d'ouvrir dans l'Etat étranger des banques (sociétés en propre ou sièges, succursales ou agences

⁷²¹ Voir nos développements *infra* n° 456.

⁷²² Voir sur ce refus <http://hypo.ge-dip.etat-ge.ch/www/cliotexte/html/suisse.europe.html>.

⁷²³ Voir PONCET (D.) et LOMBARDINI (C.), La surveillance des banques étrangères et des groupes bancaires internationaux, la perspective suisse, in *Etudes de droit international privé en l'honneur de Pierre LALIVE*, Bâle, 1993, pp. 321 à 333, spécialement pp. 327 à 330.

de banques suisses) ». Selon ce même texte, elle est également avérée lorsque les banques ouvertes dans l'Etat étranger ne sont pas soumises dans leur activité à des restrictions par rapport aux dispositions applicables aux banques étrangères en Suisse⁷²⁴. La réciprocité s'analyse in concreto, peu important que la législation étrangère permette en théorie une implantation : la réciprocité sera réputée non acquise si en pratique, aucune autorisation n'est délivrée⁷²⁵. Actuellement, les Etats membres de l'Union européenne font partie des pays qui garantissent la réciprocité⁷²⁶. Il faut cependant préciser que cette exigence ne joue pas de la même façon selon que l'on s'intéresse à telle ou telle activité. Ainsi, la réciprocité sera exigée concernant les banques, mais pas nécessairement concernant les contrats de crédit à la consommation. A propos des premières, M. le Professeur Blaise KNAPP précise que « les modifications du droit suisse pour le rapprocher du droit européen ne présentait pas de difficultés particulières sur le fond, mais il n'était pas possible d'accorder aux ressortissants de l'Union le traitement national réservé aux Suisses parce que leur objet relevait de l'O.M.C., et que ce traité prévoyait la clause de la nation la plus favorisée en faveur de toutes ses parties »⁷²⁷. Quant aux seconds, M. KNAPP rappelle que le rapprochement unilatéral⁷²⁸ du droit suisse s'est opéré dans le cadre de l'opération « Swisslex ». Pour 16 lois, il précise que « Les ressortissants de l'Union bénéficient donc, en Suisse, du traitement national sans que la réciprocité ne soit nécessairement accordée aux ressortissants suisses dans l'Union ». Et d'ajouter aussitôt que le droit des Etats membres est applicable de manière identique à toutes les personnes qui entrent en contact avec l'ordre juridique interne quelle que soit leur nationalité, les suisses sont l'objet du traitement national et, partant, communautaire⁷²⁹.

398. La question des négociants en valeurs mobilières. M. le Professeur Luc THEVENOZ a analysé ces questions⁷³⁰. Il en a conclu que la législation interne suisse pouvait constituer une transposition de la D.S.I. concernant la diligence et la fidélité. Mais

⁷²⁴ On notera une inspiration personnaliste de ce texte, dans la mesure où la nationalité joue un rôle prépondérant dans son application.

⁷²⁵ Cela pose indubitablement une question de degré : à partir de quand peut-on considérer la réciprocité comme acquise ?

⁷²⁶ Voir PONCET (D.) et LOMBARDINI (C.), *Op. cit.*, page 328.

⁷²⁷ Voir KNAPP (B.), La Suisse et l'Union européenne – Une intégration douce, in *Au carrefour des droits – Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 387 à 405, spécialement page 393.

⁷²⁸ *Ibidem*, page 391.

⁷²⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*. M. le Professeur Michel VASSEUR rappelle également que les principales banques suisses disposent de filiales dans un Etat membre au moins. Ladite filiale peut alors bénéficier de la reconnaissance mutuelle... Voir VASSEUR (M.), Des aspects juridiques de l'Europe financière et, plus particulièrement, bancaire, *R.D.A.I.*, n° 2, 1991, pp. 171 à 211, spécialement page 204.

⁷³⁰ Voir THÉVENOZ (L.), Les règles de conduite des négociants, *R.S.D.A.*, numéro spécial « Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières », 1997, tirage à part, pp. 20 à 26

il ne précise rien quant aux problèmes relatifs à l'exercice dans l'espace d'une activité réglementée.

399. Conclusions sur les justifications de l'extraterritorialité indirecte. Au terme de cette étape du raisonnement, force est de constater que la notion initiale de « principe extensif » développée par M. le Professeur JUILLARD comporte de bien nombreuses facettes. Grâce à la distinction que nous avons opérée entre norme passerelle et norme portée, nous pouvons percevoir un peu plus clairement un élément capital de l'extraterritorialité indirecte : la volonté y joue un rôle prépondérant, mais ne se traduit pas de la même façon que concernant l'extraterritorialité directe. Paradoxalement, la volonté ici exprimée est quasiment toujours une volonté de rapprochement, et non pas une volonté de domination ou de préséance d'une norme sur les autres comme ce peut être le cas lorsque l'extraterritorialité est directe⁷³¹. Nous pouvons d'abord le vérifier lorsque la norme passerelle est un traité bilatéral ou multilatéral : c'est bien souvent l'essence même du traité, et l'on aboutit alors à une extraterritorialité indirecte concertée⁷³². Nous pouvons le vérifier également lorsque l'extraterritorialité indirecte devient comportementale, puisque aussi bien les opérateurs que les Etats peuvent souhaiter se rapprocher de la réglementation applicable sur un marché convoité, afin de mieux y entrer, même si une condition de réciprocité peut venir tempérer ce propos. La seule hypothèse dans laquelle la volonté de rapprochement est moins évidente à déceler est celle de l'extraterritorialité indirecte qui peut exister lorsqu'une loi est la seule norme passerelle. La deuxième conclusion que l'on peut tirer de ce qui précède est que les fondements, entre eux, nous paraissent s'articuler selon un ordre de préséance qui est lié au pouvoir coercitif plus ou moins important des normes passerelles, et plus généralement à la hiérarchie établie entre elles. Ainsi, par exemple, un juge saisi d'une telle question devrait, à notre sens, commencer par vérifier l'existence d'un traité de reconnaissance mutuelle, ce qui évacuerait d'office, à mêmes champs d'application *ratione loci* et *ratione materiae*, les questions relatives à l'extraterritorialité indirecte issue d'une loi. Nous devons, pour préciser cette remarque, analyser plus précisément la mise en œuvre de l'extraterritorialité indirecte des monopoles bancaires et financiers.

Section 2. La mise en œuvre de l'extraterritorialité indirecte

⁷³¹ Cette volonté de préséance est matérialisée, concernant notre propos, par l'obligation de transposition à la charge des Etats membres de l'Union.

⁷³² Ce qualificatif distingue singulièrement les dispositions que nous étudions par rapport à ce que la doctrine analyse traditionnellement comme des dispositions extraterritoriales telles que les lois de blocage édictées par les Etats Unis d'Amérique, à savoir les lois d'Amato-Kennedy ou Helms-Burton. Dans ces derniers exemples, en effet, l'extraterritorialité est décrétée unilatéralement, ce qui pose alors des problèmes particuliers de conflit de compétences, et d'adoption de contre-mesures par les pays qui souhaitent s'opposer aux prétentions hégémoniques d'application des dispositions précitées. Voir sur ce point JUILLARD (P.), *Op. cit.*, page 18. Voir également BARRIÈRE-BROUSSE (I.), *Guerre commerciale et mondialisation : le cas des lois extraterritoriales*, *D. & P.*, n° 82, mai 2000, pp. 38 à 50 ; PACÉ (V.), *L'organisation Mondiale du Commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, collection logiques juridiques, l'Harmattan, Paris, 2000, spécialement 139 à 148.

400. Plan. Nous avons établi pourquoi les dispositions étudiées pouvaient être mises en œuvre hors du territoire dans lequel elles doivent normalement s'appliquer, sans qu'elles ne contiennent de précision particulière en ce sens. Certains justifications tombent quasiment sous le sens – c'est le cas des traités – d'autres sont indubitablement susceptibles d'ouvrir la discussion. Mais certaines de ces passerelles comportent en leur sein des dispositions susceptibles de limiter ou de compliquer la mise en œuvre du phénomène d'extraterritorialité indirecte qu'elles permettent. Nous proposons par conséquent de mettre en œuvre cette extraterritorialité indirecte, en établissant sa portée pratique d'une part, et en recensant les difficultés qu'elle pose d'autre part.

§ - 1 Mesure de l'extraterritorialité indirecte.

401. Plan. Nous proposons de montrer comment l'extraterritorialité indirecte peut être délimitée, aussi bien concernant les monopoles bancaires que les monopoles financiers. Pour ce faire, il ne sera pas nécessaire d'opérer un relevé exhaustif de tous les traités ou de toutes les situations dans lesquelles ce phénomène se produit, l'extrême variété des hypothèses nous paraît l'interdire. Toutefois, dans les normes que nous avons abordées, il semble que l'on puisse observer des facteurs limitatifs, telles que les activités ou les personnes visées par les normes en présence et, dans la mesure du possible, les zones géographiques couvertes.

A) Mesure de l'extraterritorialité indirecte des monopoles bancaires

402. Distinction. Nous avons vu que les monopoles bancaires intéressaient plusieurs territoires, parce que régis par des normes issues d'ordres juridiques différents. Il nous faudra distinguer la mesure de l'extraterritorialité indirecte des dispositions nationales d'une part, et des dispositions communautaires d'autre part. En effet, le tandem « norme passerelle/norme portée » ne comportera pas les mêmes types de norme passerelle, selon la nature de la norme portée. Qui plus est, cette dernière intéresse un territoire particulier selon l'ordre juridique dont elle émane. Dès lors, puisqu'il nous appartient de connaître dans quelles conditions l'application de la norme portée peut se faire hors de cette zone, il apparaît logique de distinguer entre normes nationales et normes européennes.

1) Dispositions nationales

403. Le cas particulier de Monaco – Application du droit français. La Principauté est soumise à la législation française, s'agissant de l'activité bancaire. En effet, il résulte des dispositions de la Convention du 14 avril 1945, interprétée à la lumière de l'échange de lettres en date du 27 novembre 1987, que les textes en vigueur en France concernant la réglementation et l'organisation bancaires sont applicables de plein droit dans la Principauté de Monaco⁷³³. La teneur de cet échange épistolaire ainsi que de la Convention précitée renseigne sur les modalités dans lesquelles s'est effectuée la soumission de la Principauté de Monaco à la législation française. En effet, la convention

⁷³³ Voir sur ce point PELTIER (F.) et FERNANDEZ-BOLLO (E.), *Juriscl. Banque et crédit*, Op. cit., Fasc. 50, n° 18.

franco-monégasque sur le contrôle des changes du 14 avril 1945 pose, dans son article 4, le principe de l'application à la Principauté des textes français en vigueur à la date de l'accord ou à venir, concernant la réglementation et l'organisation bancaires, la forme et la négociation des titres, l'organisation et le fonctionnement du marché financier. L'échange de lettres du 18 mai 1963 a précisé les conditions d'application de l'article 4 de la convention de 1945. Il est ainsi indiqué que la législation et la réglementation concernant les banques et les établissements financiers en vigueur en France sont applicables à Monaco, à l'instar des prescriptions d'ordre général prises en exécution de celles-ci par le Conseil national du crédit, la Commission de contrôle des banques ou le gouverneur de la Banque de France. L'échange de lettres du 27 novembre 1987 a permis d'actualiser les textes précédents, afin notamment de tenir compte de la réforme résultant de la loi bancaire : « la réglementation à caractère général prise par le Comité de la réglementation bancaire est applicable à Monaco ; le Comité des établissements de crédit est chargé d'établir et de tenir à jour la liste des établissements de crédit monégasques ; la compétence de la Commission bancaire est reconnue en matière de contrôles sur pièces et sur place des établissements de crédit installés sur le territoire monégasque : les sanctions disciplinaires prévues aux articles 44 à 46 de la loi bancaire (avertissement, blâme, interdiction d'effectuer certaines opérations, suspension temporaire ou démission d'office d'un dirigeant, retrait d'agrément) peuvent s'appliquer aux établissements installés en Principauté ». Il y a donc, de par la volonté de l'Etat français comme des autorités monégasques, une volonté d'étendre le champ d'application du droit français, en ce compris les dispositions instituant les monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement, à une zone qu'il n'avait pas vocation à régir a priori. Mais une telle soumission résulte de la volonté des Etats en cause, exprimée par convention et échange épistolaire, et n'est donc pas issue de la loi bancaire elle-même. De plus, pour être suffisamment efficace, cette soumission a dû s'accompagner de la reconnaissance par la Principauté du pouvoir des autorités françaises en matière de contrôle sur pièces et sur place, ainsi qu'en matière de sanctions disciplinaires⁷³⁴. Cela étant, le principe simple d'application des dispositions françaises sur le sol monégasque a pu souffrir d'une certaine complexité.

404. Complexité du problème – situation antérieure à la convention monétaire franco – monégasque de 2001. Il suffit pour s'en convaincre d'observer les dispositions de la convention franco-monégasque du 14 avril 1945. Elle pose, certes, le principe de l'application à Monaco de la réglementation bancaire et financière française. Mais les très nombreux textes ultérieurs ont fait que la question s'est obscurcie⁷³⁵, au moins jusqu'à la toute récente convention monétaire intervenue entre la France et la Principauté conclue en décembre 2001. L'application de ce principe d'application du droit français repose sur les échanges de lettres du 18 mai 1963 et du 27 novembre 1987 précités. Ces textes

⁷³⁴ Voir cependant nos développements antérieurs, n° 233, car Monaco peut être considéré comme un paradis bancaire, juridique et fiscal.

⁷³⁵ Voir le Rapport sur les relations économiques et financières entre la France et la principauté de Monaco, établi le 9 octobre 2000 par le Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, page 8, disponible à l'adresse http://www.finances.gouv.fr/pole_ecofin/politique_financiere/monaco.htm.

précisent la portée des textes français et se combinent dans certains cas avec des textes monégasques. Ainsi, si la loi bancaire modifiée s'applique aux établissements de crédit implantés à Monaco, l'échange de lettres de 1987 introduit une série de réserves à ce principe de soumission intégrale des établissements de crédit situés dans la Principauté à la loi bancaire. Ainsi, les dispositions législatives propres à la France, en matière civile, pénale ou fiscale, ne sont pas applicables à Monaco, Etat souverain disposant de ses propres textes, lorsqu'elles ne concernent pas strictement la réglementation et l'organisation des établissements de crédit. Ainsi, l'article 49 § 2 de la loi bancaire, devenu l'article L.613-20 du code monétaire et financier, qui autorise la commission bancaire à transmettre des informations à ses homologues étrangers sous certaines réserves et conditions, ne peuvent concerner des établissements de crédit monégasques qu'avec l'accord du gouvernement princier. Par ailleurs, d'après le rapport ministériel précité, un certain nombre de difficultés apparaissent quant à la suite donnée aux infractions pénales constatées par la Commission bancaire. Par ailleurs, les autorités de contrôle bancaire étrangères ne sont pas autorisées à effectuer des enquêtes dans les succursales ou les filiales monégasques d'établissements de crédit soumis à leur contrôle. La Commission bancaire ne peut le faire qu'avec l'accord du gouvernement princier. Précisons maintenant quels ont pu être les apports de la récente convention franco-monégasque.

405. Apports de la convention monétaire franco-monégasque. Cette convention a été conclue entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement princier, en date du 24 décembre 2001, entrée en vigueur le 26 décembre de la même année⁷³⁶. Son but premier était l'introduction de l'euro au sein de la Principauté. Mais pour satisfaire cet objectif, il était nécessaire de clarifier quelque peu la réglementation applicable dans le secteur bancaire. Le 14^{ème} considérant précise que : « considérant qu'en conséquence de l'assujettissement des établissements de crédit et, en tant que de besoin, des autres établissements financiers situés sur le territoire de la Principauté de Monaco aux mêmes dispositions que ceux situés en France en ce qui concerne la réglementation bancaire et la prévention des risques systémiques dans les systèmes de paiement et de livraison de titres et à des dispositions équivalentes s'agissant des autres matières traitées par la présente convention, les parties s'engagent à coopérer de bonne foi afin de veiller qu'à tout moment le droit applicable à Monaco dans les domaines couverts par la présente convention soit identique ou, le cas échéant, équivalent au droit applicable en France ». La convention va même jusqu'à préciser, en son article 11 paragraphe 2, que : « la Principauté de Monaco applique les dispositions prises par la France pour transposer les actes communautaires relatifs à l'activité et au contrôle des établissements de crédit [...]. A cet effet, la Principauté de Monaco applique, en premier lieu, les dispositions du code monétaire et financier français relatives à l'activité et au contrôle des établissements de crédit ainsi que les textes réglementaires pris pour leur application comme prévu par la convention franco monégasque [...] du 14 avril 1945 et par les échanges de lettres [...] relatifs à la réglementation bancaire et, en second lieu, les dispositions du code monétaire et financier français relatives à la prévention des risques systémiques dans les systèmes de paiement et les systèmes de règlement et de livraison des titres ». Ainsi, la Convention franco-monégasque met à la charge des autorités

⁷³⁶ Voir le texte de cette convention au J.O.C.E., n° L.142/59 du 31 mai 2002.

princières l'obligation d'intégrer les dispositions françaises du code monétaire et financier, et notamment celles relatives aux monopoles bancaires. Elle met à la charge des deux parties, tout au moins dans l'esprit, une obligation générale de coopération de bonne foi, ainsi qu'un objectif d'alignement du droit monégasque sur les dispositions françaises.

2) Extraterritorialité indirecte des dispositions communautaires de police

406. Espace Economique Européen. L'article 126 des accords de Porto dispose que : « Le présent accord s'applique aux territoires où le traité instituant la Communauté économique européenne et le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier sont d'application et dans les conditions prévues par lesdits traités, ainsi qu'aux territoires de la république d'Autriche, de la république de Finlande, de la république d'Islande, de la principauté de Liechtenstein, du royaume de Norvège, du royaume de Suède et de la Confédération suisse ». Cette dernière contrée n'est plus concernée, dans la mesure où elle a, par référendum⁷³⁷, décidé de se retirer de l'E.E.E.. Le territoire communautaire tel que nous l'avons défini en titre premier est ici repris, avec toutefois une mention particulière pour les îles Åland. L'article 126 poursuit : « Nonobstant le paragraphe 1, le présent accord ne s'applique pas aux îles Åland. Toutefois, le gouvernement de la Finlande peut notifier, par une déclaration déposée au moment de la ratification du présent accord auprès du dépositaire, qui en remet une copie certifiée conforme aux parties contractantes, que le présent accord est applicable à ces îles aux mêmes conditions qu'aux autres parties de la Finlande, sous réserve des dispositions suivantes : a) les dispositions du présent accord ne font pas obstacle à l'application des dispositions en vigueur sur les îles Åland qui limitent le droit des personnes physiques n'ayant pas la qualité de citoyen de la région de l'Åland et des personnes morales [...] de s'établir dans les îles Åland et d'y fournir des services sans l'accord des autorités compétentes des îles Åland [...] ». La limitation est donc, dans cette hypothèse, à double détente. D'une part, le Traité de Rome ne s'applique pas, de manière expresse et globale, aux îles Åland. D'autre part, aucune décision n'a été prise à ce jour par le gouvernement finlandais pour exclure pour déroger à ce principe de non application.

407. Limitation par les activités couvertes – établissements de monnaie électronique. Nous avons observé que seuls les directives expressément listées en annexe IX des accords de Porto pouvaient faire l'objet d'une application hors des frontières de l'Union⁷³⁸. Cela étant rappelé, il existe un domaine spécifique d'activités actuellement en construction qui doit être abordé comme étant un facteur limitatif de l'extraterritorialité indirecte des dispositions communautaires. En effet, concernant les établissements de monnaie électronique, à la date à laquelle nous écrivons ces lignes, aucune décision particulière n'a été prise à leur sujet par le comité mixte de l'E.E.E.. La directive 2000/46 CE du 18 septembre 2000 n'a donc pas encore été ajoutée à l'annexe IX des accords de Porto. Le raisonnement employé pour les établissements de crédit ne leur est donc pas encore applicable. L'application de ce texte au sein de l'E.E.E. ne

⁷³⁷ Voir nos développements n° 166 à 167.

⁷³⁸ Voir nos développements n° 264 et suivants.

pourra se faire qu'après décision du comité mixte de l'E.E.E., et mention expresse dans l'annexe IX précitée.

408. Monaco , San Marin, Vatican – importance de l'intégration dans la zone euro. Les négociations et les conventions précitées se sont déroulées avec, respectivement, la France pour Monaco, et l'Italie pour le Vatican et San Marin. Mais ces démarches ont été réalisées au nom de la Communauté européenne. En effet, les négociations ont été menées par l'Italie et la France sur la base de l'article 111 paragraphe 3 du Traité de Rome, qui dispose que « Par dérogation à l'article 300, au cas où des accords sur des questions se rapportant au régime monétaire ou de change doivent faire l'objet de négociations entre la Communauté et un ou plusieurs Etats ou organisations internationales, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur recommandation de la Commission et après consultation de la B.C.E., décide des arrangements relatifs aux négociations et à la conclusion de ces accords. Ces arrangements doivent assurer que la Communauté exprime une position unique. La Commission est pleinement associée aux négociations. Les accords conclus au titre du présent paragraphe sont contraignants pour les institutions de la Communauté, la B.C.E. et les Etats membres ». Nous remarquerons immédiatement la portée contraignante⁷³⁹ expressément affirmée par le Traité de Rome et conférée aux accords conclus sur la base de ce texte⁷⁴⁰. Il convient, pour vérifier que l'application du droit communautaire relatif aux monopoles bancaires est étendue par voie de convention aux territoires de Monaco, du Vatican et de San Marin, d'analyser précisément les dispositions conventionnelles pertinentes.

409. Apports de la convention franco-monégasque. Selon le 12^{ème} considérant de cette convention : « considérant que la présente convention ne saurait conférer aucun droit aux établissements de crédit et, le cas échéant, aux autres établissements financiers situés sur le territoire de la Principauté de Monaco en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services dans la Communauté européenne ; que, symétriquement, la présente convention ne saurait conférer aucun droit aux établissements de crédit et, le cas échéant, aux autres établissements financiers situés sur le territoire de la Communauté européenne en matière de liberté d'établissement et de prestation de services dans la Principauté de Monaco ». Il s'agit là d'une instruction d'interprétation utile, mais n'est-elle pas en même temps contournée par les dispositions de la convention elle-même ? Il semble que non. En effet, l'obligation d'appliquer les dispositions prises par la France pour transposer les actes communautaires relatifs à l'activité et au contrôle des établissements de crédit contiennent les dispositions du code monétaire et financier portant sur ces thèmes seulement. C'est en tout cas ainsi que l'on peut analyser les termes de l'article 11 paragraphe 2 de la convention, puisqu'elle ne mentionne

⁷³⁹ Sur l'importance de ce caractère contraignant de la norme passerelle, voir n° 425.

⁷⁴⁰ C'est le cas concernant les trois conventions monétaires analysées ici puisqu'elles contiennent toutes un visa de cet article 111 paragraphe 3. Pour la convention franco-monégasque, voir J.O.C.E., L.142, du 31 mai 2002, pp. 59 à 68 ; pour la convention entre l'Italie et San Marin, voir J.O.C.E., n° C.209, du 27 juillet 2001, pp. 1 à 4 ; pour la convention entre l'Italie et le Vatican, voir J.O.C.E., n° C.299, du 25 octobre 2001, pp. 1 à 4. Voir sur le fait que ces trois textes ont été élaborés dans le cadre de l'article 111 § 3 du Traité de Rome l'adresse <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l25040.htm>.

aucunement les textes dudit code relatifs à la liberté d'établissement et la libre prestation de services au sein de l'Espace Economique Européen.

410. Les conventions monétaires Italie – Vatican et Italie – San Marin. Ces deux textes sont rédigés sur le même modèle. A l'inverse des dispositions de la convention franco-monégasque, ces deux conventions n'imposent pas de transposition de la législation italienne interne. Elles n'imposent pas non plus de se conformer aux prescriptions communautaires relatives à l'accès et à l'exercice des activités bancaires et financières. Elles sont plus ciblées que la convention étudiée précédemment. Ces deux conventions rendent caduques les conventions monétaires précédemment conclues entre les gouvernement et entités politiques précités. Cela résulte des termes de l'article 10 de la convention conclue avec le Vatican, et de l'article 11 de la convention conclue avec la République de San Marin. Pour l'extraterritorialité indirecte des monopoles bancaires, ou financiers français, ces conventions permettront de savoir si la reconnaissance mutuelle des agréments telle qu'établie par les directives communautaires peut s'appliquer sur ces zones, auquel cas les monopoles précités y recevront application, au moins pour les établissements agréés en France et souhaitant s'implanter ou prester dans ces contrées.

411. Le cas du Canada . S'agissant des établissements de crédit, le Ministère de l'Industrie et du Commerce québécois affirme que « les banques étrangères peuvent maintenant ouvrir directement des succursales au Canada et les filiales de banques étrangères originaires des pays ne faisant pas partie de l'A.L.É.N.A. peuvent exploiter des succursales sans avoir à obtenir l'autorisation du ministre des Finances ». Il y a lieu d'y voir une application des dispositions du G.A.T.S., et plus spécialement de la clause de la Nation la plus favorisée. Or, en l'espèce, la nation la plus favorisée est un regroupement d'Etats, dont l'accord qui le met en place contient déjà lui-même une clause de la nation la plus favorisée. C'est dire que le Canada permet aux succursales de banques de l'Union de se comporter comme celles situées dans le plus favorisé des membres de l'A.L.E.N.A.. Et cet accord a abouti, inter partes, à ce que les succursales de banques implantées dans l'un des membres de l'A.L.E.N.A. puissent s'installer sur le territoire d'un autre membre sans qu'une autorisation des autorités de l'Etat d'accueil ne soit nécessaire. Par volonté unilatérale, mais sous la pression des dispositions du G.A.T.S. et de sa clause de la nation la plus favorisée, le Canada a étendu ce système aux succursales des banques ayant leur siège dans le territoire de l'un quelconque des membres de l'O.M.C.⁷⁴¹, et par conséquent à celle sises dans le territoire de l'Union européenne. Il serait cependant un peu hâtif d'en conclure quoi que ce soit sur les modalités du contrôle de l'activité de ces succursales, dans la mesure où l'activité de détail n'est pour le moment pas accessible aux filiales et succursales d'une part, et où les autorités chargées de contrôler l'exercice de l'activité sur place demeurent les autorités canadiennes. Sur ce point, l'établissement d'une zone de libre échange entre l'Union et le Canada permettra peut-être de modifier les réponses apportées à ces problèmes.

B) Mesure de l'extraterritorialité indirecte des monopoles financiers

⁷⁴¹ Voir en ce sens la position exprimée par le Ministère de l'Industrie et du Commerce du Gouvernement du Québec, à l'adresse <http://www.mic.gouv.qc.ca/publications/comex/05-9Services-financiers-sept2002.pdf>.

412. Distinction. Nous distinguerons, comme nous l'avons fait pour les établissements de crédit, et strictement pour les mêmes raisons tenant à la pluralité de territoires et de textes, les dispositions nationales des dispositions communautaires.

1) Dispositions nationales

413. Plan. L'application extraterritoriale indirecte des dispositions françaises relatives aux monopoles financiers sera appréhendée d'abord à l'intérieur de l'Espace Economique Européen, puisqu'elle pourra éventuellement venir en complément de l'extraterritorialité directe, puis à l'extérieur de cette zone, c'est-à-dire sur la Principauté de Monaco.

414. Application dans l'Union européenne pour les activités non harmonisées. L'idée émise ici est que pour les activités qui ne bénéficieront pas de la reconnaissance mutuelle des agréments, telles les opérations de crédit à la consommation, l'application extraterritoriale des dispositions françaises ne pourra se faire que par voie indirecte, c'est-à-dire par le moyen d'une norme passerelle telle une convention conclue entre Etats ou une décision des juges du fonds qui s'appuierait sur des motifs et des critères de localisation appropriés.

415. La question monégasque – situation antérieure à la convention monétaire. Bien que souhaitant se doter d'une véritable place financière, les autorités monégasques n'ont pas procédé à des échanges de lettres sur le terrain des activités financières. Par conséquent, la loi M.A.F. et les textes financiers qui en découlent ne sont pas directement appliqués à Monaco pour la plupart de leurs dispositions, à l'exception de celles qui sont venues modifier la loi bancaire. Selon les propres termes du rapport du Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie précité, « la principauté s'est dotée d'une législation spécifique en ce domaine, réglementant les fonds communs de placement (loi du 8 janvier 1990) et l'activité de gestion de portefeuille ainsi que les activités boursières assimilées (loi du 9 juillet 1997), considérant qu'il suffisait de réglementer les activités existant réellement sur son territoire. Le droit monégasque reste cependant embryonnaire, à l'exception des dispositions relatives à la gestion. La loi de 1997 précitée évoque l'activité de transmission d'ordres, ainsi que l'existence de « sociétés de bourse », sans établir de dispositions de fonds dans ces matières (conditions d'agrément et de contrôle notamment) ». Il faut relever que si les obligations prudentielles spécifiques sont assez proches de celles des sociétés françaises comparables, la régulation, c'est-à-dire l'agrément et les sanctions, des sociétés exerçant ces activités est du ressort du Ministre d'Etat, qui agit après avis de deux commissions. Les autorités monégasques estiment que les textes précités permettent de couvrir la totalité des services d'investissement proposés dans la principauté. Elles reconnaissent toutefois que la délivrance de nouveaux services, tels que la prise ferme ou la négociation, nécessiterait une extension de la loi ou un échange de lettres avec la France.

416. Apport de la convention monétaire. L'article 11 paragraphe 9 de la convention franco-monégasque précitée prévoit que : « préalablement à l'octroi d'un agrément à des entreprises d'investissement souhaitant s'établir sur le territoire de la Principauté de Monaco et susceptibles d'y offrir des services d'investissement, la Principauté de Monaco s'engage à prendre des mesures d'effet équivalent à ceux des actes juridiques

communautaires en vigueur qui régissent ces services. [...] ces actes communautaires seront alors intégrés à l'annexe B par la Commission ». Nous devons apporter une précision avant de retirer les conclusions possibles de l'analyse de ce texte. A ce jour, l'annexe B contient une seule directive, relative aux systèmes d'indemnisation des investisseurs⁷⁴². Que conclure de la lecture de l'article 11, paragraphe 9 ? A notre sens, il signifie que tant qu'un agrément n'a pas été demandé par une entreprise d'investissement qui souhaite s'établir à Monaco, les autorités monégasques ne sont pas tenues de prendre des mesures d'effet équivalent aux dispositions communautaires d'une part. D'autre part, cette notion de mesure d'effet équivalent renvoie à une constatation d'évidence : les dispositions communautaires ne s'appliquent pas sur le sol monégasque, puisque des mesures que nous pourrions qualifier de remplacement doivent être prises. En l'état, et de ce fait, nous pouvons donc même pas parler d'une extraterritorialité indirecte textuelle en devenir, sachant que la norme passerelle sera constituée par la convention, et les normes portées ne seront ni les directives ni le droit interne français. Cela étant, l'intégration dans l'article 11 des termes « le cas échéant » ou « en tant que de besoin » semble conférer à ces dispositions un caractère préventif s'agissant des établissements financiers.

2) Dispositions communautaires

417. Espace Economique Européen. Les accords de Porto réalisent une véritable extension d'application des dispositions qui ont cours dans le territoire de l'Union européenne. Mais cela se fait dans les mêmes conditions que concernant l'activité bancaire. Cette extension se fait dans la zone couverte par l'accord de Porto, telle que nous l'avons définie précédemment.

418. L'accord avec le Canada . Pour l'instant, les dispositions de l'accord précité réalisent, à la charge du Canada, un traitement similaire à celui octroyé aux prestataires mexicains et américains de l'A.L.E.N.A. au profit des entreprises – notamment celles fournissant des services financiers – dont le siège se situe dans l'un des Etats membres de l'Organisation Mondiale du Commerce. Or, le chapitre 14 de l'accord de libre échange nord américain prévoit la mise en œuvre d'un traitement national, par l'article 1405, et une clause de la Nation la Plus Favorisée par l'article 1406. Plus particulièrement, l'article 1406 § 2 prévoit que « une partie pourra reconnaître les mesures prudentielles adoptées par une autre partie ou par un pays tiers dans l'application des mesures visées par le présent chapitre. Cette reconnaissance pourra être accordée unilatéralement, obtenue par des moyens tels que l'harmonisation, ou fondée sur un accord ou un arrangement conclu avec l'autre partie ou avec le pays tiers ». Il n'est pas encore question d'une reconnaissance mutuelle des agréments, mais il sera opportun de prendre connaissance de la version définitive de l'accord de libre échange qui devra intervenir entre l'Union et le Canada, à l'instar de ce que nous avons évoqué quant au domaine bancaire.

419. La convention monétaire franco-monégasque. Nous avons vu que s'agissant des services d'investissement, il n'était pas possible d'envisager, en l'état actuel des

⁷⁴² Il s'agit de la Directive du Parlement européen et du Conseil du 3 mars 1997 relative aux systèmes d'indemnisation des investisseurs, J.O.C.E. L.84 du 26 mars 1997, pp. 22 à 31.

textes et de leur articulation, une application extraterritoriale indirecte textuelle, ni pour les dispositions françaises, ni pour les dispositions communautaires. Mais ne pourrait-on pas parler d'extraterritorialité indirecte de fait des seules dispositions communautaires ? La norme passerelle, à savoir l'article 11 paragraphe 9 de la convention monétaire précitée, pris, on le rappelle, par la France au nom de l'Union, aboutit à l'application de mesures d'effet équivalent aux textes communautaires régissant ces services. Il n'y a donc pas, à proprement parler, de norme portée : une obligation d'alignement sur l'acquis communautaire est véhiculée par la convention bilatérale, et c'est cette obligation qui va conduire à l'application extraterritoriale de facto ou par substitution des dispositions communautaires.

§ - 2 Obstacles et difficultés

420. Deux types de difficultés. Il y aura tout d'abord un premier train de difficultés à mettre en exergue, que nous appellerons de manière générale les difficultés d'application. Nous avons tenté de clarifier la notion d'extraterritorialité indirecte : il reste que la mise en œuvre de ce procédé, compte tenu de la pluralité d'ordres juridiques impliqués, peut s'avérer délicate. Nous avons par ailleurs établi que le phénomène d'extraterritorialité indirecte pouvait se manifester de deux façons radicalement différentes, c'est-à-dire par le truchement d'une norme passerelle textuelle, ou par la voie d'une norme passerelle non textuelle. Il s'agira là d'un second ensemble de difficultés tenant à la diversité des normes passerelles.

A) Les difficultés d'application

421. Typologie. L'extraterritorialité indirecte d'une norme porte en elle-même deux séries de difficultés. D'une part, son mode de manifestation peut susciter quelques complications. En effet, nous avons établi qu'elle pouvait résulter d'un texte ou d'une norme passerelle non textuelle. Cela signifie que les difficultés soulevées vont varier en fonction de la nature de la norme passerelle. D'autres problèmes pourront résulter du caractère indirect pris en lui-même. Nous les étudierons tour à tour.

1) Les difficultés inhérentes aux modes de manifestation de l'extraterritorialité indirecte

422. Plan. Les difficultés de mise en œuvre de l'extraterritorialité indirecte vont varier selon que la norme passerelle empruntée est textuelle ou non.

a Les problèmes liés à l'extraterritorialité indirecte textuelle.

423. Les divergences d'interprétation. L'idée émise ici est que deux ou plusieurs Etats liés par un Traité peuvent ne pas avoir la même interprétation d'une notion nécessaire à la mise œuvre de celui-ci. Dès lors, il est possible d'aboutir à des différends, même quant à la zone d'application de chaque législation de chaque Membre. La réponse à ce type de difficultés réside dans la création d'un organe chargé de statuer sur les différends. Dans les traités les plus aboutis, il est quasiment systématique de rencontrer des organes chargés de statuer sur les différends d'interprétation. C'est le cas de l'Accord Général sur

le Commerce des Services, puisque les accords de l'O.M.C. ont mis en place un Organe de règlement des différends. Dans l'hypothèse où une telle structure ferait défaut, c'est toute la pérennité du traité qui serait menacée. C'est également le cas des accords de Porto, dont l'article 5 prévoit que : « une partie contractante peut, à tout moment, soulever un problème devant le Comité mixte de l'E.E.E. ou le Conseil de l'E.E.E. »⁷⁴³.

b les difficultés liées à l'entremise du juge.

424. Insécurité juridique. Nous avons vu que l'entremise du juge ne pouvait, à elle seule, servir de passerelle à l'application extraterritoriale des dispositions nationales ou communautaires, mais que le juge conservait malgré tout un pouvoir d'interprétation. L'entremise du juge, soit la mise en œuvre de son pouvoir souverain d'appréciation, peut s'exercer de manière variable selon le juge qui prononce la décision. Certes, l'on peut dégager des tendances, et sur le plan national, il est possible d'opérer des prévisions quant aux solutions susceptibles d'être adoptées, sans certitude absolue toutefois puisque la France – elle ne fonctionne pas, sur ce terrain, selon le système des pays de common law – prohibe les arrêts de règlement en vertu de l'article 5 du code civil⁷⁴⁴. Ce phénomène d'imprévisibilité est accentué par le fait que le sujet qui nous préoccupe peut intéresser des juges de plusieurs pays.

425. L'exécution. Lorsqu'un jugement est rendu dans un pays, son exécution à l'international soulève d'importantes difficultés. En effet, pour avoir force obligatoire à l'étranger, il faut que la décision soit reconnue comme étant exécutoire sur place. Dans l'hypothèse d'un traité, la question peut avoir été tranchée par la création d'un organe chargé de statuer sur les différends et chargé de maintenir une interprétation uniforme. Il s'agit là d'un premier type de réponse au problème que nous évoquons. Mais dans l'hypothèse où le traité n'a rien prévu ou en l'absence d'un tel traité, cela veut dire que l'extraterritorialité indirecte issue de l'office du juge est conditionnée à la reconnaissance de la force exécutoire de la décision, si celle-ci se fonde sur un traité qui n'a rien mis en place sur ces questions, ou encore si elle se fonde sur la mise en œuvre d'une autre loi – hypothèse de la loi DAILLY. Ce problème, lié à l'efficacité internationale des jugements rendus en France, conduit à deux conséquences importantes pour notre propos : d'une part, un affaiblissement du mécanisme d'extraterritorialité indirecte des dispositions françaises, et d'autre part un allongement des délais d'exécution. La seconde réponse envisageable résiderait alors dans la mise en œuvre des traités relatifs à l'efficacité internationale des jugements.

426. Première réponse : l'institution d'un organe juridictionnel à pouvoir coercitif chargé de recevoir les recours. Cette solution n'a pas pour prétention de régler les problèmes de délais que nous venons d'évoquer. Tout au moins sera-t-il possible d'escompter une interprétation uniforme d'une part, et de consacrer la force obligatoire à l'étranger des décisions rendues. Les accords de Porto ont établi une

⁷⁴³ Pour une étude du dispositif institutionnel de l'E.E.E., voir COMMISSION BANCAIRE, L'Espace Économique Européen, *Bull. commission bancaire*, novembre 1994, n° 11, études, pp. 25 à 36.

⁷⁴⁴ Cela renforce notre conviction selon laquelle l'office du juge ne peut justifier à lui seul l'application extraterritoriale d'un texte.

solution intéressante à cet égard, car l'article 105 prévoit que : « Afin de parvenir à l'objectif des parties contractantes d'arriver à une interprétation aussi uniforme que possible des dispositions du présent accord et de celles de la législation communautaire qui sont reproduites en substance dans le présent accord, le Comité mixte de l'E.E.E. agit conformément au présent article. Le Comité mixte de l'E.E.E. procède à l'examen permanent de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice des C.E. et de la Cour A.E.L.E. mentionnée à l'article 108 paragraphe 2. A cette fin, les décisions de ces Cours sont transmises au Comité mixte de l'E.E.E., qui agit de manière à préserver l'interprétation homogène du présent accord ». Par ailleurs, sur la base de l'article 111 de cet accord, le Comité mixte de l'E.E.E. s'est vu confier une mission de règlement des différends.

427. Seconde réponse : la mise en œuvre de solutions conventionnelles générales quant à l'efficacité internationale des jugements. Traditionnellement, trois catégories d'effets des jugements doivent être distingués, s'agissant de leur portée à l'étranger : l'effet de fait, l'effet de titre et la reconnaissance. L'effet de fait découle de ce qu'un jugement étranger est un fait, que le juge du for ne peut ignorer. L'effet de titre accorde plus de foi à la juridiction étrangère, il lui est dû le même crédit qu'un acte authentique dressé par un notaire, par exemple. La reconnaissance porte sur l'acte juridictionnel en lui-même. C'est le pouvoir de juger, de *jurisdictio*, qui produit effet à l'étranger, sans exequatur. Les conventions de Bruxelles du 27 septembre 1968 et de Lugano du 16 septembre 1988, conclues entre certains Etats membres de l'Union européenne⁷⁴⁵, effacent cette distinction en globalisant au niveau le plus élevé les effets des jugements indépendants de l'exequatur⁷⁴⁶.

2) les difficultés inhérentes au caractère indirect

428. Conformité des textes entre eux. L'hypothèse ne présente un intérêt que lorsque la norme passerelle, qui permet l'application de la norme portée à l'étranger, a, à l'égard de celle-ci, une force obligatoire. L'hypothèse présentée ici est celle des directives, qui permettent l'application extraterritoriale des textes français. Pour que cette application puisse jouer pleinement, encore faut-il que la transposition soit régulièrement intervenue, et qu'elle soit conforme aux objectifs fixés par le texte communautaire⁷⁴⁷. A défaut, nous avons montré qu'en l'absence de transposition correcte, les directives pouvaient être amenées à s'appliquer directement.

429. Interprétation d'une situation étrangère en fonction des valeurs du for – les limites de la qualification *lege fori*. Lorsque un traité assure une harmonisation maximale des conditions de mise en œuvre des dispositions nationales, la présente

⁷⁴⁵ Pour la mosaïque de territoires visés par ces conventions, voir BÉRAUDO (J.P.), *Juriscl. Int.*, Fasc. 631-10, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Généralités, n° 1 à 3 ; et voir BÉRAUDO (J.P.), *Juriscl. Int.*, Fasc. 631-20, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, champs d'application, n° 68.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, n° 29.

⁷⁴⁷ Sur cette question, voir SYNVET (H.), *Op. cit.*, pp. 131 et 132.

difficulté n'a guère de raisons de survenir. Ainsi, pour la commercialisation à distance des produits financiers, l'approche de l'harmonisation maximale a été tentée⁷⁴⁸. Dès lors, la qualification *lege fori* a peu de chances d'entraîner la moindre difficulté d'interprétation. En revanche, dans l'hypothèse plus courante de l'harmonisation minimale, les éventuelles difficultés d'interprétation pourront être canalisées par la voie de la reconnaissance mutuelle. Enfin, si la norme passerelle ne prévoit ni harmonisation ni reconnaissance mutuelle, la qualification *lege fori* d'une entité étrangère peut poser difficulté. Ainsi, concernant la loi DAILLY, dont nous avons montré qu'elle peut permettre l'extraterritorialité indirecte de la loi bancaire puisqu'il faut être un établissement de crédit pour pouvoir être cessionnaire dans une telle opération, il peut paraître délicat de refuser la qualification d'établissement de crédit à une structure qui remplit les conditions de la loi – plus contraignante que la loi française – du siège de cette entité, et d'annuler la cession de créances de ce seul fait. Au surplus, ce serait s'exposer à des mesures de rétorsion à l'égard des prestataires français souhaitant investir le marché étranger. Par exemple, si la France dénie aux établissements des Etats-Unis la qualité d'établissements de crédit susceptibles d'être cessionnaires dans le cadre d'une opération de cession DAILLY, les Etats-Unis pourraient très bien prendre des contre-mesures, et bloquer l'entrée de leur marché aux prestataires de l'Union.

430. Le problème des autorités compétentes pour contrôler la situation à l'étranger. Une autre difficulté liée au caractère indirect provient du fait que les dispositions de police sont souvent qualifiées comme telles non seulement au vu des intérêts qu'elles défendent, mais également du fait de la compétence des autorités qui sont chargées d'en assurer l'application⁷⁴⁹. Dans l'hypothèse d'une norme passerelle dépourvue de toute démarche d'harmonisation ou de toute précision quant à l'autorité chargée d'assurer le contrôle – hypothèse de la loi DAILLY, antérieure à la loi bancaire – il y a lieu de s'interroger sur le bien fondé de la compétence des autorités françaises pour apprécier la qualité d'établissement de crédit du cessionnaire établi hors de l'Union européenne, voire de l'Espace Economique Européen. En effet, si les intérêts qu'elles défendent officiellement sont ceux des parties faibles et ceux, vitaux, de l'Etat, il pourrait être soutenu qu'il existe un autre intérêt, plus officieux, qui consiste à la préférence des prestataires nationaux.

B) Les difficultés liées à la diversité des normes passerelles.

431. Typologie des difficultés envisagées. Nous envisagerons d'abord l'importance du caractère contraignant de la norme passerelle, car nous verrons que toutes n'ont pas la même force obligatoire vis-à-vis de la norme portée. Ce constat dressé, nous pourrions nous interroger sur la question de savoir si le caractère direct ou indirect de l'extraterritorialité d'une norme portée peut dépendre du type d'extraterritorialité de la norme passerelle. C'est, par exemple, le cas pour le tandem dispositions françaises –

⁷⁴⁸ Voir ANCEL (M.É.), La fourniture de services bancaires et financiers dans l'Union européenne, *Revue Lamy de droit des affaires*, 2002, n° 53, supplément, pp. 51 à 58.

⁷⁴⁹ Voir AUDIT (B.), *Droit international privé*, Collection Droit Civil, 3^{ème} éd., Economica, 2000, n° 116.

dispositions communautaires.

1) Importance du caractère contraignant ou non de la norme passerelle.

432. Problématique. Une observation particulière doit être faite à propos de l'impact du caractère contraignant de la norme « passerelle », permettant l'application extraterritoriale indirecte de la disposition primaire. Si la norme passerelle est juridiquement contraignante vis-à-vis de la norme portée, il est fort probable – mais non systématique – que l'application extraterritoriale de cette dernière doive se plier au régime de la norme passerelle. Il est également probable que cela ne se vérifie pas dans le cas inverse. Ainsi, par exemple, si une disposition communautaire, régissant les activités bancaires et financières, doit être appliquée pour une implantation au Lichtenstein, en vertu des accords de Porto, elle le sera de manière indirecte parce que le Traité de Rome n'avait rien prévu de tel et qu'il faut se reporter à un traité externe pour fonder cette extraterritorialité. Mais compte tenu du fait que le droit de l'Union européenne jouit d'une force obligatoire, résultant de sa primauté vis-à-vis du droit des Etats membres, il devra y avoir extraterritorialité du droit national. Toutefois, le caractère direct ou indirect de cette application extraterritoriale dépendra du zèle de l'Etat membre dans ses opérations de transposition. Et nous avons remarqué que tant les dispositions de la loi M.A.F. que celles de la loi bancaire modifiée, y compris après leur codification, devenaient expresses sur ces questions, et que partant, l'extraterritorialité de ces normes devenait directe. Dans cette dernière hypothèse, la question de la nature de l'extraterritorialité de la norme passerelle importe peu. En revanche, si la norme passerelle n'est pas juridiquement contraignante à l'égard de la norme portée, rien n'obligera à ce que cette dernière fasse l'objet d'une application extraterritoriale quelle qu'elle soit. Dès lors, il apparaît que le caractère contraignant d'une norme passerelle oblige à l'extraterritorialité dans son principe mais pas dans sa nature. Cependant, l'absence de ce caractère contraignant n'oblige à rien, mais n'interdit rien. Cela aura une importance lorsque nous aborderons les hypothèses de conflits de lois de police, par exemple.

2) L'extraterritorialité indirecte d'un texte peut-elle être influencée ?

433. Problématique. La question qui se pose est celle de savoir si le type d'extraterritorialité d'une disposition communautaire est susceptible d'influer sur le type d'extraterritorialité d'une disposition interne. En d'autres termes, le fait qu'une directive s'applique hors de l'Union en vertu d'un Traité conditionne-t-il le caractère indirect de l'application extraterritoriale des normes françaises ? Un premier élément de réponse semble devoir être fourni au travers de l'élargissement à l'E.E.E. des dispositions communautaires. Nous avons vu que l'accord de Porto est une norme externe aux directives étudiées, ce qui a conduit à une extraterritorialité indirecte. Cependant, nous avons également perçu que le droit français comporte des dispositions qui s'appliquent expressément sur le territoire de l'E.E.E.. Dès lors, une certitude apparaît : il n'y a pas conditionnement systématique de la norme française par la norme communautaire sur ce plan. Cela tient au fait que les Etats membres ont une obligation de transposer, mais elle ne va pas forcément jusqu'à la transcription à la virgule près des dispositions communautaires, et surtout pas des traités signés par l'Union. Mais rien n'interdit non plus

de le faire si nécessaire. C'est à l'appréciation de l'Etat membre. En revanche, lorsqu'une disposition communautaire s'appliquera de manière expresse à Gibraltar, doit-on considérer que l'agrément français permet d'investir cette zone, même si les dispositions nationales n'envisagent rien de tel ? Il semble que l'on doive répondre par l'affirmative. Il faut rechercher la réponse dans le fait que l'extraterritorialité directe en cause est comprise dans le traité de Rome, texte signé par la France.

434. Conclusion sur la mise en œuvre de l'extraterritorialité indirecte. L'analyse que nous venons de mener permet de percevoir la grande complexité qui règne lorsqu'il s'agit d'appliquer un texte hors de la zone qu'il s'est fixée. Comme les fondements de l'extraterritorialité indirecte sont très nombreux, une très grande variété de situations en découle. Mettre en œuvre l'extraterritorialité indirecte des monopoles bancaires et financiers nécessite de s'interroger sur le territoire visé, les activités couvertes, et la nature de la norme qui permet à cette extraterritorialité de s'appliquer. Une fois tous ces éléments pris en considération, il sera alors possible de déterminer si l'autorisation française peut suffire pour exercer hors de l'Union européenne. Ainsi, par exemple, toutes les fois où une norme juridiquement contraignante viendra reconnaître l'agrément octroyé et que la possibilité de contrôle à l'étranger par les autorités françaises sera acceptée par cette norme, alors il y aura extraterritorialité indirecte, pour peu que les activités couvertes par les normes en présence (exemple : la loi nationale et le traité bilatéral).

435. Conclusion sur l'extraterritorialité indirecte des monopoles bancaires et financiers. Compte tenu du caractère exprès de certaines normes (communautaires), il pouvait apparaître impossible, au premier abord, d'observer une extraterritorialité indirecte des monopoles étudiés. Cependant, les différents fondements de cette extraterritorialité permettent à cette hypothèse d'être pleinement justifiée. La notion de principe extensif, jusqu'ici utilisée pour qualifier l'extraterritorialité indirecte, est, certes, capitale pour la différencier de l'extraterritorialité directe. Mais elle ne suffit pas, et malgré le caractère pléthorique des situations visées, il convient de bien la disséquer pour comprendre comment fonctionne ce type d'extraterritorialité. Et ce d'autant plus qu'un facteur de complication du raisonnement est intervenu, avec l'émergence de la notion d'espace économique intégré qui n'avait pas encore suffisamment de consistance lors de certaines réflexions antérieures.

436. Conclusion sur la recherche de l'extraterritorialité des monopoles bancaire et financier. Le premier constat est qu'il y a bien extraterritorialité. Mais il faut immédiatement ajouter que l'on ne se trouve pas en présence d'une seule forme d'extraterritorialité. La variété conduit à la nécessité d'une qualification scrupuleuse et méthodique des situations étudiées. Nous verrons que cette démarche de qualification n'est pas d'un intérêt purement théorique, car selon le type d'extraterritorialité appliqué, et, pour l'extraterritorialité indirecte, selon le type de passerelle employée, la force obligatoire ratione loci des dispositions françaises ou communautaires pourra être plus ou moins forte. Nous l'aborderons lorsque nous traiterons de la méthode de localisation. L'on peut également s'apercevoir que tout comme la recherche de la pluriterritorialité des monopoles étudiés, les interactions entre les différentes normes en présences sont capitales. Partant, les connexions entre les différentes branches du droit, national, communautaire et international, ne doivent en aucun cas être négligées.

437. Conclusion sur la notion de champ d'application territoriale. La position que nous avons adoptée aux fins de définir ce que peut signifier la notion de champ d'application territoriale des monopoles bancaires et financiers peut se concevoir sous deux angles. D'abord, nous avons tenté de faire preuve de précision. Ensuite, nous avons tenté d'avoir une approche globale des problèmes posés, sans nous arrêter à ce que nous appellerons les clivages entre branches du droit. Cette double volonté se retrouvera dans la recherche d'une systématisation de la théorie de la localisation.

Partie 2. LE DEVELOPPEMENT DE L'ACTIVITE SUR LE MARCHÉ : MISE EN ŒUVRE DE LA THEORIE DE LA LOCALISATION

438. Intérêt de la démarche. Nous nous sommes, jusqu'à présent, placés dans la perspective du « conquérant », c'est-à-dire de l'entreprise des secteurs bancaire et financier souhaitant s'implanter ou prester sur un marché dont on ne connaissait pas l'étendue spatiale. Nous avons tenté d'établir quelle zone pouvait être couverte par leur autorisation, en quelque sorte par leur statut professionnel. Nous avons également montré que ce statut pouvait, en raison de certains mobiles, s'appliquer hors de cette zone, au travers de notre recherche relative à l'extraterritorialité des monopoles bancaires et financiers. Mais notre raisonnement ne saurait s'arrêter là : il faut s'intéresser au développement de l'activité sur le marché géographiquement connu. En effet, les relations nouées dans le cadre des prestations de services bancaires et financières impliquent deux parties : le prestataire et le bénéficiaire de la prestation. Or, il se peut que ce dernier soit mécontent du service fourni, et qu'il cherche à s'exprimer par la voie judiciaire. Par ailleurs, le prestataire consciencieux aura sans doute à cœur de s'assurer de la sécurité juridique des transactions qu'il conclue ou qu'il propose. L'un des moyens susceptibles d'être soulevés est que le prestataire ne pouvait ni s'implanter ni prester parce qu'il ne

disposait pas de l'autorisation requise pour ce faire, concernant l'activité en cause et surtout le territoire visé. Et pour savoir si une entreprise qui ne serait agréée ni par les autorités françaises, ni par les autorités de l'un quelconque des Etats membres, a exercé ses activités dans l'une des zones couvertes par ces autorisations, telles que définies en première partie, il faut mettre en œuvre une démarche dite de localisation du rapport de droit, c'est-à-dire déterminer ce que SAVIGNY appelait le siège du rapport de droit⁷⁵⁰, et que WENGLER nommait la situation des droits⁷⁵¹. Il faut également adopter cette démarche pour expliquer au prestataire que ses services ont été régulièrement – ou irrégulièrement – fournis.

439. Rôle capital de la localisation. Cette démarche tend à localiser, c'est-à-dire à situer un rapport de droit dans l'espace. Nombre d'analyses, à partir des travaux de SAVIGNY et postérieures à cet auteur, sont centrées sur cette question⁷⁵². Cette situation du rapport de droit dans l'espace a connu, nous semble-t-il, des évolutions théoriques qu'il conviendra d'exposer, notamment quant aux dispositions de police. En effet, et nous l'établirons, le fait que les dispositions françaises soient qualifiées de police conduit à certains particularismes méthodologiques, qui font que la théorie de la localisation, appliquée à l'exercice des activités bancaires et financières, peut, et pourra, en être affectée.

440. Plan. Nous tenterons de faire la synthèse de l'état actuel de la théorie de la localisation du rapport de droit, appliquée à l'exercice des monopoles étudiés. C'est ce que nous appellerons une analyse statique, en ce sens que nous ne nous projetterons pas encore dans l'avenir. Compte tenu de la richesse des doctrines exposées sur le sujet, cette matière paraît suffisamment dense et fournie pour pouvoir être étudiée de façon isolée (Titre I). Nous tenterons d'en faire une analyse critique, à travers ses qualités et ses défauts. Mais il conviendra également de montrer quelles peuvent être les évolutions possibles de cette théorie, compte tenu des éléments que nous aurons constatés lors de l'analyse statique, mais également quant à la notion de champ d'application territoriale des monopoles bancaires et financiers. Plus particulièrement, les faiblesses que nous aurons dégagées pourront faire l'objet d'évolutions, que nous tenterons d'appréhender. C'est ce que nous appellerons l'analyse prospective de la localisation (Titre II).

⁷⁵⁰ Voir SAVIGNY (F.C. Von), *Op. cit.*, § 360.

⁷⁵¹ WENGLER (W.), La situation des droits, *R.C.D.I.P.*, 1957, pp. 185 à 212 et 409 à 434 ; du même, voir Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, pp. 168 à 212.

⁷⁵² Voir en ce sens GONZÁLEZ CAMPOS (J.D.), Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, Cours général, *R.C.A.D.I.*, 2000, Vol. 287, pp. 9 à 426, spécialement pp. 220 à 279 ; voir également PARLÉANI (G.), La localisation des services financiers, in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand - L.G.D.J., Clermont-Ferrand, 2001, pp. 279 à 292 ; voir PÉRIER (F.), La localisation boursière, *R.I.D.C.*, 1995, n° 2, pp. 427 à 431 ; FADLALLAH (I.), Point de vue sur l'affaire Péchiney, la localisation du délit d'initié, *R.C.D.I.P.*, 1996, pp. 621 à 637 ; LANGLET (P.) et MARLY (P.G.), La localisation des instruments financiers dématérialisés, *Banque et Droit*, septembre-octobre 2000, n° 73, pp. 3 à 5.

Titre 1. La localisation de l'exercice de l'activité bancaire ou financière : analyse statique

441. Prolégomènes – Notion classique de localisation. Littéralement, la première définition qui vient à l'esprit, quant au terme de « localisation », consiste à situer un événement dans l'espace. Le dictionnaire de l'Académie française définit le terme « localiser » comme le fait de « placer par la pensée dans un endroit déterminé, rapporter à une date »⁷⁵³. Bien entendu, compte tenu de notre sujet, nous ne nous intéresserons qu'à la localisation spatiale. Dans une acception plus juridique, la localisation est déjà un phénomène plus complexe à définir. M. le Doyen CORNU avance la définition suivante : il s'agirait d'une « démarche qui, pour désigner la loi applicable, situe le rapport de droit sur le territoire d'un Etat, ou plus généralement dans la sphère d'application d'un système juridique ; elle détermine objectivement, en fonction des éléments principaux de ce rapport de droit, matériels ou juridiques, le centre de gravité de l'opération et ses liens avec un territoire ou un système juridique ». Une autre définition a également été avancée par certains auteurs, pour tenter de définir le moyen utilisé pour la démarche de localisation, à savoir le facteur de localisation⁷⁵⁴. Selon ces auteurs, le facteur de localisation est « strictement parlant, un élément permettant de localiser un rapport de droit. Néanmoins, la notion est parfois synonyme de facteur de rattachement, et ce en raison du fait que les notions de rattachement et de localisation sont elles-mêmes, à tort, souvent confondues. La localisation n'est, somme toute, que l'un des modes de rattachement ». Ces mêmes auteurs, à propos de la méthode de la localisation, se bornent à l'appliquer au contrat, en indiquant que la méthode consiste à soumettre un contrat à la loi du lieu avec lequel il peut être objectivement rattaché, c'est-à-dire avec une prise en compte de la volonté des parties⁷⁵⁵. Cette dernière définition nous semble quelque peu réductrice, dans la mesure où les contrats ne nous paraissent pas être les seuls rapports de droit susceptibles d'être localisés⁷⁵⁶. Une analyse fort intéressante de la notion de localisation a été menée par M. Julio GONZÁLEZ CAMPOS⁷⁵⁷. A propos du sens à donner à cette notion⁷⁵⁸, il précise que selon le système classique de la règle de conflit multilatérale, il faut, pour résoudre un conflit de lois dans l'espace, appliquer l'ordre

⁷⁵³ Voir *dictionnaire de l'Académie française*, version CD-Rom, v° « localiser », voir également LITTRÉ (É.), *Dictionnaire de la langue française*, Librairie Hachette & Cie, Paris, 1878, mise à jour de 1883, *eod.* V°.

⁷⁵⁴ Voir BELIARD (G.), RIQUIER (E.) et WANG (X.Y.), *Glossaire de Droit International Privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992, V° « facteur de localisation ».

⁷⁵⁵ *Ibidem*, *Op. cit.*, V° « localisation objective du contrat ».

⁷⁵⁶ Voir CHILSTEIN (D.), *Droit pénal international et lois de police – Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003, n° 241, l'auteur explique que les infractions peuvent également être localisées, avant de se lancer dans une critique de leur localisation territoriale.

juridique dans lequel le rapport ⁷⁵⁹ de droit a son « siège ». Une fois celui-ci déterminé, le rapport de droit est alors « localisé » dans l'ordre juridique qui est appelé à le régir. La « localisation » est donc le but à atteindre et non le moyen, ce dernier étant le facteur de localisation. Bien qu'étant toutes centrées sur le même objectif, c'est-à-dire assurer une connexion entre une situation et un territoire, les différentes définitions rapportées ci-avant suscitent quelques observations.

442. Importance des différents territoires visés dans la démarche de localisation. Dans les définitions rapportées précédemment, la notion de territoire intervient en filigrane, par rapport à celle de localisation. Nous avons montré que plusieurs territoires étaient concernés par les monopoles bancaires et financiers. Dès lors, si l'on admet que la localisation consiste à un rapprochement entre une situation et un territoire, il apparaît clairement qu'il faudra déterminer avec précision à l'égard de quel territoire la démarche est exercée. A notre sens, cela risque de conditionner la nature des moyens utilisés pour y parvenir, ces moyens étant les critères de localisation. C'est ce que nous vérifierons.

443. Application possible de la méthode pour mettre en œuvre des dispositions de police . Les diverses définitions rapportées plus haut procèdent toutes de la mise en œuvre de la démarche à la théorie classique des conflits de lois, basée sur une règle de conflit bilatérale. Rappelons que la règle de conflit est bilatérale par principe, parce qu'elle peut désigner indifféremment la loi locale ou une loi étrangère ⁷⁶⁰. Depuis la systématisation opérée par SAVIGNY ⁷⁶¹, la règle de conflit traditionnelle a une fonction répartitrice, consistant à attribuer la situation internationale à l'un des ordres juridiques en présence indépendamment du contenu des règles et donc du résultat matériel de son opération ⁷⁶². Or, si l'on s'arrête sur les définitions de la localisation, elles affirment toutes que le critère permet de choisir la loi applicable entre plusieurs, chacune d'entre elle ayant la même légitimité que ses concurrentes à s'appliquer à la situation. Cela conduit à donner à la méthode une finalité de répartition, c'est-à-dire à assimiler localisation et méthodes bilatérales. Mais c'est faire fi des méthodes à tendance unilatérale, telles que celles des dispositions de police. Compte tenu du fait que les textes nationaux étudiés

⁷⁵⁷ Voir la remarquable étude de GONZÁLEZ CAMPOS (J.D.), Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, Cours général, *R.C.A.D.I.*, 2000, , Vol. 287, pp. 9 à 426, spécialement pp. 56 à 66, pp. 251 à 269, et 309 à 384.

⁷⁵⁸ *Ibidem*, pp. 56 à 59.

⁷⁵⁹ On notera la généralité du terme « rapport », de loin beaucoup plus large que celui de contrat.

⁷⁶⁰ Voir LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, 6ème éd., Précis Dalloz, 1999, n° 108.

⁷⁶¹ Voir SAVIGNY (F.C.), *Op. cit.*, §§ 348 et 360.

⁷⁶² Voir AUDIT (B.), Le droit international privé à la fin du XX^{ème} siècle, in VARII AUCTORES, *Clés pour le siècle, droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Dalloz, Paris, 2000, pp. 583 à 609, spécialement page 586, n° 700.

s'analysent comme étant des dispositions de police, il faut s'interroger sur la question de savoir si toute démarche de localisation est exclue s'agissant de la mise en œuvre de telles dispositions. Nous tenterons de montrer qu'il n'en est rien. Il faut en effet toujours placer, par la pensée, une situation dans une sphère déterminée⁷⁶³, mais par une méthode différente. Cette sphère déterminée est la sphère géographique d'efficacité internationale de la disposition de police étudiée. A défaut d'une telle démarche, l'on pourrait aboutir à une application purement potestative de la loi du seul fait que certaines de ses dispositions seraient qualifiées « de police ». Nous tenterons de vérifier la pertinence de ce postulat.

444. Plan. Nous avons vu que la théorie de la localisation faisait appel à une méthode particulière – unilatéraliste ou bilatéraliste – et à des moyens particuliers – les critères – permettant de parvenir à faire le lien entre une situation donnée et les dispositions qui doivent la régir, sur le plan géographique. Dès lors, l'analyste souhaitant s'attaquer à la définition ou à l'étude d'une théorie de la localisation nous paraît devoir porter sa réflexion dans deux directions complémentaires : il devra d'abord s'intéresser à la méthode employée pour localiser, et ensuite aux moyens utilisés pour y parvenir, c'est-à-dire les critères. Les conséquences que nous venons de rapporter nous conduisent à affirmer que la localisation, appliquée aux monopoles bancaires et financiers, nécessitera une démarche particulière à plusieurs égards.

445. Un double particularisme. Malgré la réticence de certains auteurs des plus autorisés⁷⁶⁴, le particularisme des lois de police semble bien réel, et nous verrons qu'il y a lieu d'y voir bien davantage qu'une simple question de présentation⁷⁶⁵. La spécificité de la théorie de la localisation appliquée aux dispositions de police devrait nous conduire à un double constat. D'abord, la méthode employée pour localiser devra tenir compte du caractère essentiellement unilatéraliste des lois de police. Elle devra également intégrer le fait que les dispositions de police ne peuvent se prétendre applicables de manière impérative partout. Ensuite, les critères employés seront particuliers. Ce point a fait l'objet d'oppositions illustres en doctrine, mais nous sommes convaincu de la spécificité de ces critères, tout au moins dans leur recherche. En effet, il nous paraît nécessaire de prendre en considération la variété des territoires intéressés et des branches du droit concernées

⁷⁶³ Voir LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, 6ème éd., Précis Dalloz, 1999, n° 132 *in limine*, qui voient en cela la « démythification des lois de police par rapport à la méthode conflictuelle », voir également dans le même sens LOUSSOUARN (Y.É.), Cours général de Droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1973, II, Vol. 139, pp. 269 à 386, spécialement page 330 ; pour une affirmation de la spécificité des critères, voir DEBY-GERARD (F.), *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Thèse, Dalloz, Paris, 1973, spécialement page 53, n° 70 ; voir GOLDMAN (B.), Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence, *R.C.A.D.I.*, 1969, III, Vol. 129, pp. 631 à 730.

⁷⁶⁴ Voir, aussi bien sur la spécificité de la méthode que celle des critères, le très riche – et critique – cours de M. le Professeur Pierre LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé*, *R.C.A.D.I.*, 1977, II, pp. 1 à 424, spécialement pp. 124 à 153.

⁷⁶⁵ La doctrine, éminente, à laquelle nous faisons ici allusion, et que nous croyons devoir réfuter sur certains points, est celle de M. le Doyen Yvon LOUSSOUARN. Voir LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 1999, page 131 ; voir également LOUSSOUARN (Y.É.), Cours général de Droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1973, II, Vol. 139, pp. 269 à 386, spécialement page 330.

par l'activité bancaire ou les services financiers. Nous évoquerons donc dans un premier temps le particularisme de la méthode (Chapitre 1), pour mieux comprendre, dans un second temps, le particularisme des critères (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le particularisme de la méthode

446. Deux particularités. La théorie de la localisation, visant à situer par la pensée un événement – une violation par exemple du monopole bancaire – dans l'espace, pour le qualifier et le sanctionner est particulière dans sa méthode parce qu'elle s'applique à des dispositions de police d'une part, et à un secteur d'activité hautement réglementé d'autre part. Pour être plus précis, nous remarquerons dans un premier temps que les dispositions pertinentes de la loi bancaire ou la loi M.A.F., dispositions de police, tout comme, d'ailleurs, les dispositions communautaires qui intéressent l'accès aux activités bancaires et financières, procèdent d'un raisonnement essentiellement unilatéraliste. Dès lors, il n'est pas question de confier au critère de localisation une fonction répartitrice entre les législations en concours. Le trait particulier d'une loi de police est de recevoir application indépendamment de la solution issue d'un raisonnement de type savignien⁷⁶⁶, c'est-à-dire plutôt en fonction du résultat de fait obtenu, eu égard au but poursuivi. C'est ce que l'on pourrait assimiler à une manifestation de la fonctionnalisation de la règle de conflit⁷⁶⁷. Il semble donc préférable de parler de phénomène d'attraction des situations par la norme dont l'application est analysée (§ 1). Dans un second temps, il faut s'intéresser à ce que l'on localise, aux événements ou aux situations. Les activités bancaires et financières sont des activités définies par les différents textes, et répondant à un ensemble de conditions. Or, dans la perspective du client qui souhaite faire sanctionner un comportement irrégulier, ou plus simplement connaître ses droits, il peut y avoir une incertitude sur l'objet de la localisation : que veut dire localiser l'activité ? Doit-on réduire la question à la simple localisation des contrats, manifestations externes et ultimes de l'exercice de l'activité ? Il faudra donc se poser la question de la réductibilité de la localisation de l'activité à celle des seules opérations (§ 2).

Section 1. Un phénomène d'attraction des situations par la norme impérative

447. Plan. Notre présentation de ce principe d'attraction partira d'un postulat assez simple. Il faut d'abord montrer la spécificité du mécanisme de connexion entre la disposition de police d'une part et la situation juridique d'autre part. Une fois cette spécificité établie et justifiée, il nous faudra appréhender la portée du mécanisme. En effet, lorsqu'une situation produit ses effets dans plusieurs pays, peut-on dire que le phénomène d'attraction visera l'intégralité de la situation ou seulement une fraction, celle qui se situe dans la zone d'efficacité internationale – impérative – du texte ? C'est ce que

⁷⁶⁶ Il est immédiatement rappelé que nous ne remettons nullement en cause le pluralisme des méthodes en droit international privé, et que nous nous en prévalons, au contraire.

⁷⁶⁷ Voir AUDIT (B.), Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la « crise » des conflits de lois), *R.C.A.D.I.*, 1984, III, Vol. 186, pp. 219 à 397.

nous proposons de déterminer.

§ - 1 Analyse du phénomène

448. Démarche. Nous exposerons d'abord le mécanisme de cette attraction, tant en droit national qu'en droit communautaire. Nous avons en effet insisté sur le fait que les dispositions régissant les monopoles bancaires et financiers avaient toutes, sur le plan des objectifs visés, le même profil. Elles servent toutes à la protection d'intérêts généraux d'une part et catégoriels d'autre part, ce qui ne veut pas dire que les intérêts servis soient strictement identiques dans les deux types de normes. Seul le caractère crucial des intérêts protégés, selon les auteurs desdites normes, peut les rapprocher. Et ce constat, qui s'applique aussi bien aux dispositions nationales qu'aux textes communautaires, n'est pas neutre quant aux justifications susceptibles d'être avancées pour comprendre le mécanisme d'attraction des situations par la disposition en cause.

A) Principe de l'attraction.

449. Dichotomie. Une distinction sera opérée entre les dispositions nationales et les dispositions communautaires. En effet, la formulation récente de la définition des lois de police par la C.J.C.E. contraste avec, d'une part, la mention ancienne de ce type de normes dans notre code civil, et, d'autre part, la renaissance et l'évolution du concept, favorisées par la doctrine.

1) Droit national

450. Présentation du problème. Les justifications du phénomène d'attraction des situations par les dispositions relatives aux monopoles bancaires et financiers tiennent essentiellement à trois raisons. D'abord, l'attraction peut se comprendre parce que la méthode des dispositions de police repose sur un raisonnement unilatéraliste. Ensuite, il est justifié par le caractère internationalement impératif desdites dispositions. Enfin, il faut ajouter que les dispositions que nous étudions sont assorties de sanctions pénales. Il nous faudra montrer qu'en droit pénal, également, l'appréhension des situations se fait par le truchement d'un phénomène d'attraction, et ne procède pas d'un choix, d'une répartition. Nous reprendrons successivement ces trois justifications.

451. Un phénomène lié à la présence d'unilatéralisme dans la théorie des lois de police. Il faut d'abord rappeler ce que recouvre la notion d'unilatéralisme de la règle de conflits. Une intéressante synthèse des méthodes de résolution des conflits de lois a été menée par M. le Professeur G.A.L. DROZ⁷⁶⁸. La méthode conflictuelle unilatéraliste se propose, écrit-il, de « déterminer, par une analyse de la loi du for, les situations internationales auxquelles celle-ci entend s'appliquer »⁷⁶⁹. En principe, la doctrine unilatéraliste ne prétend pas régler les cas d'application des lois étrangères. La principale

⁷⁶⁸ DROZ (G.A.L.), Regards sur le droit international privé comparé, cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1991, IV, Vol. 229, pp. 9 à 424, spécialement pp. 30 à 32.

⁷⁶⁹ *Ibidem* page 30.

préoccupation de l'unilatéralisme est de dessiner le champ d'application de la loi du for et de déterminer les cas où dans une situation internationale celle-ci veut impérativement s'appliquer. Et ce, même si la situation pourrait être soumise, en vertu de la méthode bilatéraliste, à une loi étrangère. Cela signifie que la disposition, une fois qualifiée de police, va fonctionner non pas par le jeu d'un critère de rattachement permettant sa désignation, mais plutôt par le truchement d'un critère d'efficacité internationale, qui montre que la prétention d'application de la disposition est justifiée parce qu'il est porté atteinte – ou un risque d'atteinte existe – aux intérêts qu'elle sert et dont l'importance – et même la préséance sur d'autres intérêts – est avérée et reconnue. Et la seule façon d'assurer la prééminence de ces intérêts sur d'autres est de forcer l'application du texte. On a écrit qu'il fallait procéder à un forçement du rattachement pour y parvenir⁷⁷⁰. Il nous semble plus approprié de parler de modification de la fonction de la méthode et de celle remplie par le critère⁷⁷¹. La méthode ne vise plus à la réalisation d'un choix⁷⁷², mais à assurer la prééminence d'intérêts. Comme l'a fort bien exposé M. le Professeur Paul LAGARDE, la règle de conflit ne sert plus, dans cette hypothèse, un objectif de proximité, mais un objectif de souveraineté⁷⁷³. C'est en cela que la fonction remplie par la méthode est profondément modifiée, et c'est ce qui justifie le phénomène d'attraction analysé dans le présent propos. Quant aux critères, nous les détaillerons ultérieurement. La satisfaction d'un objectif de souveraineté (préservation des intérêts de l'Etat ou protection d'une partie faible, c'est-à-dire protection de ses sujets par l'Etat) suppose alors la reconnaissance d'un caractère internationalement impératif du texte dont l'application est recherchée.

452. Un phénomène lié au caractère internationalement impératif des dispositions de police. Si la méthode ne tend pas à remplir une fonction de répartition, cela tient au fait qu'elle repose sur leur caractère d'application nécessaire, leur caractère internationalement impératif⁷⁷⁴. C'est pour cela qu'il était vital de bien qualifier, au départ de notre étude, les textes étudiés au regard de la théorie des dispositions de police. Ce phénomène se vérifie aussi bien au regard des textes nationaux que des dispositions communautaires. Ce caractère internationalement impératif aboutit à ce que la disposition étudiée refuse de se placer sur le même plan qu'une législation étrangère, et revendique sur cette dernière une sorte de préférence⁷⁷⁵. Pour cela, bien sûr, encore faut-il que les

⁷⁷⁰ Voir LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 1999, n° 128, page 127.

⁷⁷¹ Voir dans le même sens AUDIT (B.), Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la « crise » des conflits de lois), *R.C.A.D.I.*, 1984, III, Vol. 186, pp. 219 à 397 ; et voir SPERDUTI, Théorie du droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1967, III, pp. 173 à 336, spécialement pp. 247 à 264.

⁷⁷² Voir PRUJINER (A.), Le droit international privé : un droit du rattachement, in *Etudes de droit international privé en l'honneur de Pierre LALIVE*, Bâle- Francfort, éd. Helbing et Lichtenhahn, 1993, pp. 161 à 172, spécialement page 166.

⁷⁷³ Voir LAGARDE (P.), Le principe de proximité en droit international privé contemporain – cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1986, I, Vol. 196, pp. 9 à 238, spécialement page 49.

⁷⁷⁵ Sous la réserve de l'hypothèse dans laquelle la disposition étrangère qui souhaiterait également s'appliquer pourrait être qualifiée de police. Sur ces questions, voir *supra* n° 228.

intérêts défendus par le texte – il y a toujours des intérêts à préserver – puissent être qualifiés de suffisamment cruciaux, ce qui n'est pas toujours le cas, loin s'en faut ⁷⁷⁶. C'est en cela que nous n'irons pas jusqu'à affirmer que la méthode unilatéraliste des dispositions de police doit primer sur la méthode des conflits de lois. Elle lui est concurrente, et une répartition s'opère par l'analyse de ces intérêts. Nous admettons volontiers qu'il s'agit là d'une démarche bien délicate et que certaines zones d'ombre peuvent subsister. Quoi qu'il en soit, à propos des textes régissant les monopoles professionnels objets de la présente recherche, aucun doute n'est permis : les intérêts servis ont justifié que les travaux préparatoires et les exposés des motifs des textes nationaux, la doctrine et la jurisprudence les considèrent comme fondant une application impérative des dispositions intéressées. Il convient de vérifier ce qu'il en est à propos des textes communautaires.

453. Principe d'attraction et application des monopoles professionnels en tant que lois sanctionnatrices – identité de méthodes ? La spécificité ⁷⁷⁷ des dispositions de police que nous étudions est qu'elles sont toutes assorties de sanctions pénales ⁷⁷⁸

⁷⁷⁴ M. le Professeur Pierre LALIVE a critiqué ce caractère impératif. Cela tient principalement au fait que cet auteur répugne à opérer une qualification des intérêts protégés par les dispositions de police. Il est vrai que la définition du concept de lois de police est délicate, FRANCESCAKIS l'admettait, mais elle est possible, et la jurisprudence, en tant que de besoin, ne manque pas d'effectuer cette qualification, ainsi que nous le relèverons *infra* n° 493. Voir LALIVE (P.), Tendances et méthodes en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1977, II, pp. 1 à 424, spécialement pp. 145 à 148. Pour des opinions contraires à celle exprimée par M. Pierre LALIVE, voir NUYTS (A.), *Op. cit.*, pp. 33 et 34 ; voir également JACQUET (J.M.), La fonction supranationale de la règle de conflit de lois, *R.C.A.D.I.*, 2001, V, Vol. 292, pp. 9 à 396, spécialement pp. 208 à 212. Nous observerons par ailleurs que la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, en son article 7, définit les lois de police comme des règles « qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ». Pouvait-on espérer meilleur démenti aux propos de M. le Professeur Pierre LALIVE, trois ans après son cours ? Voir encore HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et GEOUFFRE de la PRADELLE (G. de), *Droit international privé*, 1987, Masson, Paris, n° 641 à 648 ; voir encore BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, t. 1, 8^{ème} éd., 1993, L.G.D.J., Paris n° 254 ; voir MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, 7^{ème} éd., Précis Domat, Montchrestien, Paris, 2001, n° 122, page 83 ; voir KARAQUILLO (J.P.), *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, P.U.F., Paris, 1977, pp. 57 à 125 ; voir enfin SERAGLINI (C.), *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, Paris, 2001, n° 747 et suivants, qui emploie les termes de « revendication d'application ».

⁷⁷⁶ Un intéressant article de M. Pierre GOTHOT montrait déjà que la notion d'intérêt crucial peut fluctuer, selon le rôle libéral ou dirigiste joué par l'Etat dans l'élaboration des normes de droit privé. Ainsi, un Etat libéral conduirait à l'expression de « la bonne volonté des lois », et un Etat dirigiste ferait valoir une volonté « d'assujettir les individus qui contractent ». Voir GOTHOT (P.), La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats, *T.C.F.D.I.P.*, 1977, pp. 201 à 232.

⁷⁷⁷ Sur un exemple, voisin, de cette spécificité, voir SALOMON (R.), Le particularisme des infractions boursières, *J.C.P.*, éd. E., 2000, comm., pp. 788 à 796.

⁷⁷⁸ Concernant les sanctions pénales frappant les interdictions posées par la loi bancaire, il s'agit des articles L.571-3 du code monétaire et financier, et des articles L.573-1 et L.573-2 du même code pour les interdictions mises en place par la loi du 2 juillet 1996. Voir PINIOT (M.C.), Le nouveau paysage des sanctions après mise en application de la directive, *P.A.*, 10 janvier 1996, n° 5, pp. 49 à 50.

d'une part, et administratives ⁷⁷⁹ d'autre part. Il est constant que la doctrine a bien longtemps opéré une nette distinction entre les règles de droit privé, qui étaient admises à entrer dans le champ d'investigations du droit international privé, et les règles de droit pénal ⁷⁸⁰ qui ne devaient pas en faire partie. Les études modernes s'attachent toutefois à montrer les éventuelles connexions et analogies ⁷⁸¹ existant entre le droit pénal international et les dispositions de police ⁷⁸², n'hésitant pas à parler de législations hybrides ⁷⁸³. Ce concept semble bien adapté aux dispositions que nous étudions. Le principe d'attraction que nous avons développé pourra aussi bien s'appliquer lorsqu'il s'agira de mettre en œuvre lesdites sanctions. En effet, BATIFFOL ⁷⁸⁴ n'avait-il pas déjà affirmé que : « le droit criminel organise un système de règles dans l'intérêt direct de la société ; par conséquent, tout fait qui entre dans le champ d'application de ces règles doit être régi par elles » ? Il y a bien là, à lire cet auteur, et dans une version assez ancienne de sa pensée, un phénomène d'attraction comparable à celui mis en exergue à propos des dispositions de police indépendamment des sanctions pénales qui leurs sont attachées, car il n'est nullement question d'opérer un choix entre plusieurs législations. Nous pouvons d'ores et déjà faire observer, et nous en justifierons ultérieurement ⁷⁸⁵, que législation pénale et législation de police doivent être distinguées ⁷⁸⁶, mais ce n'est certainement pas quant au principe d'attraction pris en lui-même. M. CHILSTEIN affirme à cet égard, et nous souscrivons à cette analyse, que « la caractéristique principale des lois de police en droit international privé est qu'elles dérogent à la méthode du conflit de lois qui consiste à désigner la loi compétente à partir des règles de conflit bilatérales de l'ordre

⁷⁷⁹ Ces sanctions professionnelles, que peut infliger la commission bancaire, concernant les monopoles des établissements de crédit, sont mises en place par les articles L.613-21 et L.613-22 du code monétaire et financier. Concernant les monopoles des prestataires de services d'investissement, les articles L.621-14 à L.621-17 pour les sanctions prises par la C.O.B., et L.622-8 à L.622-20-1 du même code pour les sanctions prises par le C.M.F. (aujourd'hui l'A.M.F.).

⁷⁸⁰ Pour un aperçu de ces doctrines, voir VAN DER ELST (R.), *Op. cit.*, n° 18 et 19.

⁷⁸¹ Voir CHILSTEIN (D.), *Droit pénal international et lois de police – Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Dalloz, Paris, 2003, pp. 211 et suivantes. Cet auteur prône l'utilisation de la méthode des dispositions de police à la matière du droit pénal international. Nous verrons que ce constat pourra être corroboré par notre étude.

⁷⁸² Le concept de dispositions de police étant pris au sens moderne du terme, et non pas au sens tel qu'originellement défini par les rédacteurs du code civil. Voir en ce sens CHILSTEIN (D.), *Op. cit.*, n° 1.

⁷⁸³ Voir BASEDOW (J.), *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, *R.C.A.D.I.*, 1997, I, Vol. 264, pp. 9 à 178, notamment pp. 28 à 35.

⁷⁸⁴ Voir BATIFFOL (H.), *Traité élémentaire de droit international privé*, 2^{ème} éd., Paris, 1955, n° 247, et 1^{ère} éd., Paris, 1949, n° 247.

⁷⁸⁵ Voir nos développements *infra* n° 471 et suivants.

⁷⁸⁶ Voir CHILSTEIN (D.), *Op. cit.*, la préface de M. le Professeur Pierre MAYER, page XIV, et dans le corps de l'ouvrage, pp. 223 et 224.

juridique du for. Aussi l'idée qu'il pourrait exister des lois de police en droit pénal international paraît-elle curieuse, voire suspecte, dans la mesure où celui-ci – et le droit public en général – exclut par nature tout conflit de lois. Cependant, le mécanisme des lois de police doit, semble-t-il, être compris de façon souple, au regard du contexte dans lequel il prend place. Il n'est pas nécessaire, pour que soit justifié le recours à la théorie des lois de police, que cette dernière recouvre exactement la même réalité en droit international privé et en droit pénal international. Son unité réside moins dans ses effets que dans le processus qu'elle met en œuvre, et qui consiste à déterminer le domaine d'application des lois dans l'espace en fonction de leur finalité ». Il faut bien admettre que les effets – les sanctions – ne sont absolument pas identiques, mais que le processus d'attraction des situations par les textes – de police ou de droit pénal – en fonction d'intérêts cruciaux à préserver, se retrouve dans les deux cas.

2) Droit communautaire

454. Une jurisprudence européenne faussement restrictive. Le caractère récent de la définition communautaire des lois de police invite à se poser les mêmes questions qu'au plan national, mais à l'aune de l'analyse communautaire du concept. Cette vision des choses pourrait être perçue comme étant plus restrictive que la vision de droit interne précédemment évoquée. Il est vrai que la définition avancée ici diffère quelque peu de celle adoptée au regard du droit français. Rappelons en effet qu'aux termes de la jurisprudence Arblade que nous avons déjà eu l'occasion de commenter ⁷⁸⁷, la C.J.C.E. a posé la définition suivante : « il convient d'entendre cette expression comme visant des législations nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci ». Nous observerons d'abord que la méthode unilatéraliste a pu inspirer le dispositif de l'arrêt rappelé ci dessus, conformément à l'analyse développée sur le plan interne, puisqu'il n'est pas question ici de choix entre diverses législations, mais bien d'une volonté « d'imposer le respect » de certains intérêts cruciaux. Ensuite, d'après cette décision, les dispositions de police telles que perçues par le droit communautaire ne s'imposeraient que sur « le territoire national », soit dans leur zone d'application territoriale telle que nous l'avons définie en titre premier. Cette vision des choses a pu être qualifiée d'étroite par M. Marc FALLON ⁷⁸⁸, sur la base du principe *exceptio est strictissima interpretatio* ⁷⁸⁹. Il y a là en tout cas un sérieux facteur de complication. Mais il est probable que la Cour de Justice n'ait pas eu à envisager

⁷⁸⁷ Voir C.J.C.E., 23 novembre 1999, J.C. Arblade précitée.

⁷⁸⁸ Voir FALLON (M.), Note sous C.J.C.E., 23 novembre 1999, J.C. Arblade, Arblade & fils SARL, B et S Leloup et Sofrage SARL, Aff. Jointes 369/96 et 376/96, *R.C.D.I.P.*, 2000, pp. 710 à 737, spécialement page 730.

⁷⁸⁹ Sur cet adage, voir ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, Paris, 1999, page 231. L'application de cet adage à l'espèce résulte du fait, selon M. FALLON, que les dispositions impérieuses d'intérêt général ne jouent que de manière exceptionnelle par rapport au marché intérieur puisqu'elles justifient les entraves portées aux libéralisations des opérations effectuées sur ce marché. Sur ce dernier point, voir FALLON, *Op. cit.*, page 731.

l'hypothèse de l'extraterritorialité directe. Il n'y a en effet pas lieu d'opérer une trop vive critique de cette décision, car la Cour n'était pas chargée de répondre à la question de l'application de dispositions de police hors de la zone dans laquelle elles sont communément perçues comme applicables, tout au moins relativement aux dispositions belges combattues par les requérants ⁷⁹⁰. En revanche, ainsi que nous l'avons montré, nous pouvons même affirmer que l'extraterritorialité des dispositions françaises a bien été prise en compte par cet arrêt ⁷⁹¹. Par ailleurs l'Union cherche à s'affirmer sur le plan international. Elle dénie tout fondement internationaliste à ses décisions, et elle se considère même, depuis l'arrêt *Costa c/ E.N.E.L.* comme autonome vis-à-vis de l'ordre international ⁷⁹². Nous avons vu qu'il n'en était strictement rien ⁷⁹³, mais cette définition des lois de police faite par l'arrêt *Arblade* aboutit à ignorer les accords de reconnaissance mutuelle – dont le principe existait bien avant cette jurisprudence puisqu'ils se font notamment dans le cadre de G.A.T.T. de 1994 – ainsi que toutes les normes textuelles contraignantes qui conduisent à l'application extraterritoriale des dispositions de police. Il est vrai qu'en l'espèce, il ne lui était pas demandé quoi que ce soit sur ce dernier point, puisque aucun problème de reconnaissance mutuelle, accompagnée d'un home country control, n'était soulevé. L'on peut malgré tout retenir de cette décision que l'impérativité des dispositions de police est au moins reconnue par la juridiction communautaire sur le territoire national, et même qu'elle a vocation à interférer à l'étranger, compte tenu du test comparatif qu'elle a fait entre les capacités respectives des dispositions françaises et des dispositions belges à préserver les intérêts reconnus par la législation belge, les secondes ayant du s'effacer devant les premières.

B) Limites du principe d'attraction.

455. Dualité des limites. Nous montrerons que le principe sus énoncé ne doit pas recevoir application hors de la sphère impérative des lois de police. Pour ce faire, nous étudierons les fondements de cette affirmation, afin d'en déterminer la portée concernant les monopoles professionnels étudiés.

1) Inapplicabilité à la sphère supplétive d'application des lois de police

456. Dualité de sphères d'application spatiale des dispositions de police. Ce phénomène a été remarquablement mis en exergue par M. Arnaud NUYTS ⁷⁹⁴. Opérant

⁷⁹⁰ Les dépositions en litige intéressaient le droit du travail et plus spécifiquement le détachement de salariés français en Belgique. La définition pourrait être remodelée si la Cour devait trancher une difficulté d'application des dispositions de police régissant les monopoles bancaires et financiers. Aucune question de reconnaissance mutuelle ni de contrôle par les autorités de l'Etat d'origine n'avaient à être évoquées devant la Cour dans cette affaire. Les sanctions avaient été prises en Belgique, par les autorités belges, du fait d'un travailleur qui avait opéré en Belgique, mais détaché sur place par une structure française.

⁷⁹¹ Voir *supra* n° 388.

⁷⁹² Voir *supra* n° 333.

⁷⁹³ Voir *supra* n° 333, et la note 631.

une synthèse des doctrines existant sur ce point, il remarque qu'un clivage existe entre ceux qui estiment qu'une loi de police est, de ce seul fait, autolimitée⁷⁹⁵, et ceux qui pensent qu'au contraire, les dispositions de police peuvent tout à fait sortir de cette sphère d'impérativité internationale⁷⁹⁶. M. NUYTS tranche cette difficulté en marquant une différence entre le caractère impératif et le caractère autolimité. Selon lui, en effet, « il faut rappeler la différence entre le caractère de police d'une loi et son caractère autolimité. La délimitation [...] d'une aire minimale d'application de la protection, garantie par la loi, n'implique pas, en elle-même, que le législateur a entendu exclure la prise en compte de la réglementation en dehors de ce domaine »⁷⁹⁷. M. le Professeur Paul LAGARDE relève fort justement, à cet égard, que « il serait excessif de déduire de la revendication d'une règle à être appliquée dans un certain domaine spatial sa volonté de ne pas l'être lorsque la situation est localisée en dehors de ce domaine. Si la loi française impose l'application de telle règle protectrice du travailleur dans tous les cas où le contrat de travail s'exécute en France, elle ne refuse pas pour autant l'application de cette règle quand le contrat s'exécute à l'étranger mais est soumis par les parties à la loi française »⁷⁹⁸. M. Pierre GOTHOT a également fait observer qu'une même loi peut se voir attribuer « un champ d'application nécessaire par l'effet d'un critère d'application immédiate, et, en outre, un champ d'application possible tracé par un critère de rattachement d'une quelconque règle de conflit de lois »⁷⁹⁹. M. le Professeur Pierre MAYER abonde en ce sens, car il est logique de considérer « qu'une règle édictée pour un certain type de relations convient mieux que la règle inverse à toutes les situations de ce type, même localisées à l'étranger »⁸⁰⁰. Une fois cette dualité de champs admise, il convient de délimiter la sphère d'impérativité internationale des dispositions de police. En effet, les autres hypothèses d'application des monopoles étudiés pourront se déduire par une sorte de définition négative, c'est-à-dire que partout où les dispositions ne seront pas internationalement impératives, elles pourront être appliquées selon un schéma bilatéral classique, tout comme elles pourront ne pas l'être puisqu'elles sont susceptibles de venir en concours avec d'autres textes. C'est pour cela que nous nous intéresserons en priorité

⁷⁹⁴ Voir NUYTS (A.), L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire), *R.C.D.I.P.*, 1999, pp. 31 et s, et pp. 245 et s, spécialement pp. 67 à 75.

⁷⁹⁵ *Ibidem*, *Op. cit.*, page 68, et la note 163.

⁷⁹⁶ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*, et les notes 162 et 165.

⁷⁹⁷ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*, pp. 69 et 70.

⁷⁹⁸ Voir LAGARDE (P.), note sous C.E., 5 juin 1987, *R.C.D.I.P.* 1989, p. 694.

⁷⁹⁹ Voir GOTHOT (P.), Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, *R.C.D.I.P.*, 1971, pp. 1 à 36, pp. 209 à 243, et pp. 415 à 450, spécialement page 218.

⁸⁰⁰ Voir NUYTS (A.), *op. et loc. cit.*, et voir MAYER (P.), Les lois de police étrangères, *Clunet*, 1981, pp. 277 à 345, et spécialement page 343. Dans le même sens, voir SERAGLINI (C.), *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, Paris, 2001, n° 210, page 100.

à la délimitation de la sphère d'impérativité internationale des dispositions de police pertinentes.

457. Délimitation de la sphère d'impérativité internationale des dispositions de police – zone d'application territoriale, extraterritorialité directe. Lorsque nous avons tenté d'analyser les hypothèses d'application spatiale des dispositions de police nationales ou communautaires, nous avons conclu à l'existence d'une zone d'application territoriale, celle-là étant internationalement impérative. C'est ce qui peut être notamment déduit de l'arrêt *Arblade*. Elle permet donc à la disposition de police dont l'application est recherchée de s'appliquer par présence systématique à d'autres textes⁸⁰¹. A côté de cette zone d'application territoriale, il existe les zones d'extraterritorialité directe, c'est-à-dire expresse. Si l'application extraterritoriale prévue par le texte n'est pas contraire à une norme contraignante externe, il n'est pas douteux que cette zone fasse partie du domaine d'impérativité internationale, dans lequel la localisation pourra se faire par voie d'attraction⁸⁰². L'extraterritorialité indirecte nécessite une analyse quelque peu différente.

458. Délimitation de la sphère d'impérativité internationale des dispositions de police – cas de l'extraterritorialité indirecte. Il existe encore les hypothèses d'extraterritorialité indirecte, c'est-à-dire non expressément prévues par la disposition étudiée. Ces hypothèses doivent être distinguées. D'abord, nous avons observé que l'extraterritorialité pouvait être issue d'une norme passerelle textuelle. Si cette norme passerelle est juridiquement contraignante à l'égard de l'ordre juridique interne, et que l'application extraterritoriale tacite au sein de la norme portée est le fruit du commandement de cette norme passerelle, il y devrait y avoir lieu de considérer que l'on se situe dans une sphère d'efficacité impérative de la disposition de police. En effet, si la norme passerelle textuelle, un Traité par exemple, reconnaît, sur la base du principe de la reconnaissance mutuelle assortie du contrôle par les autorités de l'Etat d'origine, que les dispositions de police françaises doivent s'appliquer et permettre de contrôler l'implantation des établissements français sur le territoire de l'Etat d'accueil, cela veut dire que ce second Etat a reconnu d'une part l'importance des intérêts servis par les dispositions françaises, et d'autre part le caractère internationalement impératif dudit texte. Toujours dans l'hypothèse des normes passerelles textuelles, nous avons établi que les dispositions françaises pouvaient éventuellement s'appliquer à l'étranger en vertu des dispositions d'un autre texte français. Pour savoir si cette hypothèse se situe dans la sphère d'impérativité internationale des dispositions de police, il faut savoir comment cette extraterritorialité s'est opérée. Si elle s'est réalisée en vertu d'une norme juridiquement contraignante à l'égard des textes en concours (traité relatif aux cessions de créances, par exemple, qui viendrait préciser au profit de quels cessionnaires l'opération peut être réalisée), alors il semble que l'on puisse considérer que l'hypothèse relève de la sphère d'impérativité internationale de la disposition de police, bien que ce soit de manière très indirecte, et donc presque indépendante de la volonté du législateur originel. En

⁸⁰¹ Sous réserve de l'hypothèse des conflits de lois de police, *infra* n° 460.

⁸⁰² Et ce indépendamment de l'arrêt *Arblade* précité, car il n'était pas question, en l'espèce, d'une législation qui ferait mention expresse de son applicabilité hors du territoire français.

revanche, si elle s'est faite soit en vertu d'une norme non contraignante, soit sur la base d'une décision juridictionnelle soit par une décision – même devenue définitive – émanant d'une autorité de régulation, il semble que les opinions pourraient être partagées. L'on pourrait alors se reporter à un Traité relatif à l'efficacité internationale des jugements pour connaître le degré d'impérativité de la décision. Enfin, à propos de l'extraterritorialité indirecte comportementale, c'est-à-dire issue d'une volonté unilatérale d'un Etat non lié par un Traité ou d'un opérateur soumis à une législation plus souple, le caractère impératif nous paraît inapplicable. En effet, il s'agit d'une application sans contrainte de droit, elle résulte purement des faits. Partant, il semble inconcevable d'imposer à un prestataire qui ne traite pas avec la France, par exemple, de se conformer à la législation française s'il ne souhaite plus le faire.

459. La zone d'impérativité en tant que zone maximale du phénomène d'attraction . La délimitation de la zone d'impérativité internationale d'une disposition de police conduit à enfermer dans cette seule zone le phénomène d'attraction déjà évoqué. En effet, lorsque la soumission à la loi française résulte par exemple d'un choix exprès des parties à un contrat, ou encore de l'extraterritorialité indirecte comportementale du fait des opérateurs ou d'un Etat non contraint par un autre texte à appliquer la législation française, il semble inopportun de conférer de manière systématique aux dispositions françaises la même force obligatoire. Il se peut en effet qu'elles heurtent des lois de police locales qui peuvent poursuivre des intérêts similaires, voire opposés. M. Pierre GOTHOT⁸⁰³ avait déjà bien analysé ce point de vue, lui qui distinguait clairement la sphère d'impérativité internationale de la sphère « d'application possible » au moyen du critère employé. Selon nous, le procédé va un peu plus loin cependant, puisque M. GOTHOT expliquait cette distinction au moyen des critères utilisés. Il nous semble surtout qu'il s'agisse d'abord d'un problème de méthode. La sphère d'impérativité internationale, par la préséance qu'elle installe au profit de la disposition de police dans cette zone, est bien distincte de la sphère que nous nommerons supplétive, dans laquelle un raisonnement de type savignien peut être mené. C'est-à-dire que dans la sphère supplétive des dispositions de police, les critères de rattachement retrouveront leur fonction de répartition. Le constat est d'importance, car il permet d'en déduire deux conséquences majeures.

460. Conséquences – relativisation du problème des conflits de dispositions de police . Il est d'abord possible de relativiser le problème des conflits de lois de police. Il n'y aura de véritable conflit qu'autant que deux législations prétendront vouloir s'appliquer au motif que la situation se serait déroulée simultanément dans leur domaine d'application impérative. Dans cette hypothèse, il reviendra aux juridictions saisies de mettre en œuvre les critères de localisation spécifiques aux dispositions de police, et notamment celui de l'atteinte aux intérêts cruciaux, que nous étudierons plus loin. En revanche, si la situation s'est produite dans la sphère d'impérativité d'une seule disposition de police, celle-ci prévaudra sur la disposition de police dont la sphère d'application impérative n'est pas concernée. Enfin, si la situation se déroule hors de toute sphère d'application impérative des dispositions de police, alors il sera purement recouru à la méthode savignienne de résolution des conflits.

⁸⁰³ Voir GOTHOT (P.), *Op et loc. cit.*

461. Conséquence – manifestation du pluralisme des méthodes. La seconde conséquence que nous voudrions tirer du fait que la zone d'application impérative constitue la zone maximale dans laquelle le phénomène d'attraction peut s'appliquer est que nous ne rejetons pas, loin de là, le pluralisme des méthodes et des systèmes en droit international privé⁸⁰⁴, bien que nous ayons choisi, compte tenu de la nature des textes régissant notre matière, d'adopter un raisonnement de type unilatéraliste. En effet, on le voit, la méthode savignienne cohabite avec celle des dispositions de police. Il faut alors mesurer l'impact de ce principe d'attraction sur les dispositions relatives aux monopoles bancaires et financiers.

2) Impact sur les législations étudiées

462. Les quatre propositions. Relativement aux monopoles professionnels étudiés, la conséquence directe que l'on peut retirer de la délimitation de la zone d'impérativité internationale des dispositions de police tient en quatre propositions. D'abord, l'impérativité des textes relatifs aux monopoles bancaires aussi bien qu'aux monopoles financiers couvre l'ensemble du territoire national. Ensuite, elle est reconnue, par voie de reconnaissance mutuelle et de contrôle par les autorités du pays d'origine, ainsi que par réception opérée par les dispositions internes, sur le territoire de l'Espace Economique Européen. De plus, l'impérativité est acceptée de manière bilatérale par certains accords régionaux de reconnaissance mutuelle. Enfin, cette impérativité ne saurait aller au delà de cette zone. Nous reprendrons ces quatre propositions, parce que la définition de cette zone conditionnera celle de l'application du principe d'attraction défini ci-avant.

463. L'impérativité couvre le territoire national. Les dispositions de police contenues dans la loi bancaire et dans la loi M.A.F. établissant l'existence de monopoles vont s'appliquer de manière impérative sur le territoire national, comprenant le territoire métropolitain et les D.O.M.. Cela signifie que si un prestataire ou un établissement de crédit souhaite s'implanter ou prêter sur notre territoire sans y être autorisé – par l'agrément du C.E.C.E.I. ou par voie de liberté d'établissement ou libre prestation de services pour les opérateurs dûment agréés sur leur territoire d'origine compris dans l'Espace Economique Européen – il s'exposera à ce que ce comportement soit happé par

⁸⁰⁴ La doctrine a admis que plusieurs méthodes pouvaient régir concomitamment notre discipline, ce que nous vérifions ici. Voir notamment BATIFFOL (H.), Le pluralisme des méthodes en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1973, II, Vol. 139, pp. 75 à 148, *passim* ; DROZ (G.A.L.), Regards sur le droit international privé comparé, cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1991, IV, Vol. 229, pp. 9 à 424, spécialement pp. 29 à 37 ; GONZÁLEZ CAMPOS (J.D.), Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, Cours général, *R.C.A.D.I.*, 2000, , Vol. 287, pp. 9 à 426, spécialement pp. 67 à 148 ; LAGARDE (P.), Le principe de proximité en droit international privé contemporain – cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1986, I, Vol. 196, pp. 9 à 238, spécialement n° 6, p. 32, *in limine* ; LALIVE (P.), Tendances et méthodes en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1977, II, pp. 1 à 424, spécialement pp. 130 à 142 ; LOUSSOUARN (Y.É.), Cours général de Droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1973, II, Vol. 139, pp. 269 à 386, spécialement page 319, cet auteur mettant au conditionnel cette dualité de méthodes ; RIGAUX (F.), Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1989, I, Vol. 213, pp. 9 à 408, *passim* ; VAN HECKE (G.), Principes et méthodes de solutions des conflits de lois, *R.C.A.D.I.*, 1969, I, pp. 399 à 569, spécialement pp. 446 à 475 ; et sur la pluralité de fonctions, voir SPERDUTI (G.), *in* Théorie du droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1967, III, pp. 173 à 336, spécialement pp. 247 à 264.

les dispositions précitées, indépendamment de toute référence à une règle classique de conflit de lois. Ce caractère impératif est lié à l'objectif des textes français évoqués : tous ont, d'après l'analyse des travaux préparatoires que nous avons faite ⁸⁰⁵, le double objectif de préserver les intérêts de l'Etat – ou de l'espace économique intégré – et ceux des parties faibles intéressées par d'éventuelles transactions avec les opérateurs contrôlés.

464. L'impérativité est reconnue au sein de l'Union européenne. Le fait que l'agrément, les procédures de contrôle et la possibilité du contrôle par les autorités de l'Etat d'origine, soient reconnus à l'intérieur de l'Union sur la base d'un marché unique contribue à étendre le caractère impératif des dispositions de la loi bancaire ou de la loi M.A.F. dans cette zone. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter à un certain nombre de considérants de la directive bancaire ou de la D.S.I., lesquels mettent tous l'accent sur le caractère vital des intérêts servis par ces textes, et notamment par le fait que l'exercice de l'activité doit être soumis à autorisation ⁸⁰⁶.

465. L'impérativité est reconnue au sein de l'Espace Economique européen. La loi bancaire et la loi M.A.F. s'appliquent de manière expresse dans cette zone, nous l'avons montré, tout au moins pour l'établissement de crédit ou le prestataire de services d'investissements agréé en France, et qui désire s'implanter dans l'un des territoires intégrés dans cet espace. Qui plus est, les dispositions communautaires s'appliquent dans cette zone de manière indirecte, mais textuelle, c'est-à-dire reconnue par les Etats membres de l'A.E.L.E. dans les accords de Porto. Cela signifie que les Etats membres de l'A.E.L.E. ont admis le système de la reconnaissance mutuelle des agréments et des contrôles pratiqué de manière obligatoire au sein de l'Union. Par ailleurs, il faut ajouter qu'à l'égard de l'A.E.L.E., la force obligatoire des directives est qu'elles sont intégrées dans l'ordre juridique ⁸⁰⁷ des parties contractantes à l'accord de Porto précité. L'article 7 emploie d'abord le présent de l'indicatif, et indique expressément que les directives et textes contenus dans les annexes – et seulement ceux-ci – ont force obligatoire à l'égard des parties contractantes. Cela nous conduit à conclure que de manière très indirecte, l'impérativité des dispositions françaises est reconnue sur le territoire de l'A.E.L.E..

⁸⁰⁵ Voir *supra* n° 29 et suivants.

⁸⁰⁶ Voir en ce sens le 20^{ème} considérant de la directive bancaire, qui prévoit que « *Les agréments d'établissements de crédit, accordés par les autorités nationales compétentes, ont une portée communautaire, conformément aux dispositions de la présente directive, et non plus seulement nationale* ». L'emploi du présent de l'indicatif souligne le caractère nécessaire de cet agrément. Par ailleurs, le 2^{ème} considérant de la D.S.I. est encore plus explicite, puisqu'il indique que : « *considérant que les entreprises qui fournissent des services d'investissement couverts par la présente directive doivent être soumises à un agrément délivré par l'Etat membre d'origine de l'entreprise d'investissement aux fins d'assurer la protection des investisseurs et la stabilité du système financier* ».

⁸⁰⁷ Selon l'article 7 des accords de Porto, « *Les actes auxquels il est fait référence ou qui sont contenus dans les annexes du présent accord ou dans les décisions du Comité mixte de l'EEE sont obligatoires pour les parties contractantes et font partie de ou sont intégrés dans leur ordre juridique interne de la manière suivante : [...] b) un acte correspondant à une directive CEE laisse aux autorités des parties contractantes la compétence quant à la forme et aux moyens de sa mise en œuvre* ».

466. L'impérativité est acceptée par certains accords. L'accord intervenu entre la France et Monaco en est un exemple topique. Dans cette hypothèse, en effet, il revient aux autorités françaises, dans les conditions que nous avons établies, de contrôler l'activité des prestataires et établissements français exerçant sur le sol monégasque. Dès lors, on voit mal comment les autorités françaises pourraient réaliser ce contrôle autrement que pour les établissements de crédit exerçant en France.

467. L'impérativité peut encore s'étendre. Nous avons repéré un certain nombre d'accords bilatéraux. Ceux-ci seront à surveiller, car leur évolution en véritable accord régional de reconnaissance mutuelle sur la base des règles instituées par l'O.M.C. pourra, à la manière de ce qui se passe au sein de l'Union européenne, conduire à ce que l'agrément et les contrôles a priori et a posteriori puissent être effectués par les autorités françaises lors de l'implantation ou de la prestation hors du territoire de l'Union européenne. Mais ce ne pourra être le cas qu'à la triple condition qu'un véritable accord de reconnaissance mutuelle voie le jour, qu'il comprennent bien le secteur des services, et qu'il soit centré sur la reconnaissance mutuelle desdits agréments et desdits contrôles.

468. Conséquence. Dans toute cette zone – évolutive – d'impérativité, la loi procèdera par attraction, si par ailleurs les facteurs limitatifs *ratione materiae* et *ratione loci* de l'extraterritorialité le permettent. Hors de ces zones, c'est le principe de proximité qui trouvera à s'appliquer. Il y a donc lieu d'en conclure que le pluralisme des méthodes, en droit international privé, est bien loin d'être une simple vue de l'esprit. Méthode savignienne et méthode des dispositions de police cohabitent donc. Toute la difficulté réside dans la délimitation de la zone d'application impérative des textes dont on recherche la zone d'application géographique. En effet, ce caractère impératif repose sur les buts poursuivis par les textes. Or, nous avons vu qu'ils ne sont pas toujours faciles à découvrir, et qu'à cet égard, la lecture des travaux préparatoires peut toujours renseigner l'analyste. Reste que dans cette zone d'application impérative, c'est-à-dire la zone de reconnaissance du caractère crucial des intérêts défendus, l'attraction peut être admise dans son principe dès lors qu'une atteinte est portée à ces intérêts. Mais en rester là ne saurait suffire. En effet, dans la zone d'impérativité des dispositions pertinentes, il faut désormais déterminer la portée du phénomène d'attraction.

§ - 2 Force du phénomène d'attraction sur des faits s'étant produit à l'étranger

469. Le problème posé. La question à traiter est celle de savoir si, une fois le critère d'efficacité internationale défini et localisé, la disposition étudiée n'attire à elle que les événements s'étant déroulés dans sa sphère d'impérativité internationale, ou si au contraire elle a vocation à embrasser l'ensemble d'une opération, y compris dans ses ramifications situées hors de cette zone. Ainsi, l'hypothèse se pose, par exemple, lorsque la jurisprudence annule un contrat de prêt hypothécaire conclu en Belgique ou aux Pays-Bas, et réitéré en France par acte authentique, entre un emprunteur français et une banque belge ou hollandaise, non agréée à l'époque des faits pour distribuer en France ce type de crédit⁸⁰⁸. Une fois que nous aurons établi les principes directeurs permettant de répondre à l'hypothèse formulée, nous en tirerons les conséquences par application aux secteurs bancaires et financiers.

A) Les principes directeurs gouvernant le phénomène d'attraction propre aux dispositions de police.

470. Législations hybrides. Il nous faut ici rappeler la nature particulière des textes relatifs aux monopoles bancaires et financiers. Ces textes sont en effet assortis de sanctions pénales et administratives, et en même temps sont à ranger dans la catégorie des dispositions de police. Dès lors, s'il est vrai que le principe d'attraction pris en lui-même trouve à s'appliquer aussi bien en droit pénal qu'en droit international privé, il n'en est pas moins exact que la nature pénale ou de police d'un texte aura des conséquences sur la nature des situations attirées. C'est ce que nous proposons de déterminer dans un premier temps. Ensuite, nous avons remarqué que la notion de disposition de police pouvait recouvrir une grande diversité de situations, mais que, somme toute, ce type de texte était guidé par deux types d'intérêts cruciaux. Dès lors, nous proposons de montrer que l'attraction d'une situation de fait dans sa globalité (c'est-à-dire en ce compris les événements qui se sont produits à l'étranger) ne se vérifiera pas dans tous les cas. En effet, le principe permettant de sélectionner les hypothèses dans lesquelles l'attraction sera totale est celui de la distinction entre les dispositions de police en fonction de la nature de cet intérêt.

1) Principe de distinction entre dispositions de police et dispositions de droit pénal accessoire

471. Notion de droit pénal accessoire. Une distinction capitale doit être rappelée : c'est celle qui existe, et qui a été discutée, entre le droit pénal autonome et le droit pénal accessoire. Une première acception de cette dichotomie consiste à affirmer que le droit pénal est dit autonome « lorsque le même texte législatif ou réglementaire contient à la fois une incrimination et sa sanction⁸⁰⁹ ». Parallèlement, toujours selon cette première approche, il est dit accessoire lorsque « l'autorité qui compose le texte répressif fulmine seulement une sanction en disant qu'elle s'appliquera aux auteurs qu'une autre autorité a décrits, ou qu'elle décrira⁸¹⁰ ». Estimant que cette conception formaliste du droit pénal

⁸⁰⁸ Voir les nombreuses décisions relatives à ces questions, et notamment Cass. Com. 20 octobre 1998, Epoux Seyve c/ IPPA, D. Aff. 1999, pp. 69 ; Cass. Com. 20 octobre 1998, SCI Parodi c/ Banque Albert de Bary et Cie, D. Aff. 1999, pp. 69 et suivantes ; D., 1999, Jurisprudence, pp. 10 à 12, spécialement page 11, Note SOUSI-ROUBI (B.) ; R.T.D.Com., 1999, pp. 166 à 168, note CABRILLAC (M.), et R.J.D.A. 12/98, n° 1395 ; Cass. Com. 20 octobre 1998, SCI Thiry c/ ANHYP ; Cass. Com. 20 octobre 1998, SNC Dieulafait c/ ANHYP ; Cass. Com., 9 avril 2002, pourvois n° 20097 à 20100. Voir TISON (M.), Libre prestation de services et nullité d'opérations bancaires pour défaut d'agrément – quelles leçons tirer de la jurisprudence ?, *R.D.B.B.*, 1995, pp. 171 à 179 ; Les rebondissements de l'affaire Parodi en France : l'activité de crédit transfrontière entre nationalisme juridique et liberté communautaire, note sous CA MONTPELLIER, 5^{ème} chambre A, 22 mars 1999, Thomas c/ ANHYP ; sous CA PARIS 15^{ème} chambre A, 26 mai 1999, Gebahi c/ Banque Ippa ; sous CA PARIS 2^{ème} chambre B, 17 juin 1999, Dipo c/ Tillon ; et sous CA AIX EN PROVENCE 15^{ème} chambre, 30 juin 1999, Dipo c/ Milano ; *Euredia*, 1999/4, pp. 551 à 590 ; La discrimination dans la vie des affaires, Rapport belge, Financial law institute, Working Paper Series, WP 2001-05, juin 2001, Universiteit Gent, n° 27.

⁸⁰⁹ Voir ROBERT (J.H.), Droit pénal de l'environnement et droit pénal général, problèmes actuels de science criminelle, vol. 4, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1991, I.S.P.E.C., page 17.

accessoire présentait des limites – elle s'articule autour de la qualité du rédacteur de l'incrimination – M. David CHILSTEIN⁸¹¹ a proposé une vision plus large de la conception de droit pénal accessoire. Une disposition peut relever du droit pénal accessoire, selon cet auteur, si, en dépit de son autonomie formelle, « elle s'inscrit matériellement dans le cadre d'une réglementation particulière⁸¹² ».

472. Analyses fondatrices. Il doit être observé que M. CHILSTEIN a, dans ses travaux, remis au goût du jour une analyse menée en 1968 par MM. GAVALDA et STOUFFLET, à propos de la législation sur l'usure⁸¹³. Ces auteurs avaient avancé l'idée d'appliquer la théorie des « lois » de police aux dispositions d'une législation « contractuelle comportant des effets civils et une législation répressive ». Selon ces auteurs, en effet, et l'on se rangera à leur analyse, les dispositions de droit pénal classique – en l'occurrence il s'agissait de l'article 693 du Code de Procédure pénale – ne s'appliquent pas pleinement dans cette hypothèse. Ces règles de droit pénal classique seraient, selon ces auteurs, disqualifiées, lorsqu'il s'agit d'envisager la loi sur l'usure « en tant que loi de réglementation contractuelle »⁸¹⁴. M. CHILSTEIN approuve ces auteurs qui déduisent la compétence des lois en fonction de leur finalité. Mais il estime qu'une application automatique du système des « lois » de police pour la détermination du champ d'application des dispositions pénales ne peut être soutenue, car il reproche à MM. GAVALDA et STOUFFLET d'avoir méconnu la nature du droit pénal⁸¹⁵. Nous ferons observer que le Doyen STOUFFLET l'avait déjà écrit, bien avant M. CHILSTEIN⁸¹⁶ d'une part, et que d'autre part, il ne semble nullement dans les propos de MM. GAVALDA et STOUFFLET qu'ils aient souhaité procéder à une telle assimilation automatique⁸¹⁷. Pour le reste, et à l'appui de ses dires, M. CHILSTEIN remarque très justement que les

⁸¹⁰ Voir ROBERT (J.H.), *op. et loc. cit.*.

⁸¹¹ Voir CHILSTEIN (D.), *Droit pénal international et lois de police – Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003, n° 8.

⁸¹² *Ibidem*.

⁸¹³ GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), La limitation des taux d'intérêts conventionnels par la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 sur l'usure, *J.C.P. éd. G.*, 1968, I, 2171, pp. 31 à 52 ; voir dans le même sens SYNDET (H.), L'application internationale de la législation sur l'usure, *R.D.B.B.*, 1990, pp. 100 à 104, qui fait bien le point sur les doctrines consacrées à l'application spatiale de la législation sur l'usure comme « loi » de police contractuelle. Plus récemment, à la suite de la réforme de la législation sur l'usure, voir STOUFFLET (J.), Incidences internationales de la réforme de l'usure par la loi du 1^{er} août 2003, *R.D.B.F.*, 2004, pp. 127 et 128. Voir également, pour un exemple d'application, C.A. PARIS, 1^{ère} chambre suppl., 9 juin 1983, Société Iro-Holding c/ Société Sétilex, *Revue de l'arbitrage*, 1983, n° 4, pp. 497 à 506, note VASSEUR. Voir enfin CARAMALLI (D.), Détermination et portée du droit applicable à une émission d'obligations par une société française à l'étranger, *Banque et droit*, n° 84, juillet août 2002, pp. 3 à 7.

⁸¹⁴ Il faut bien comprendre que ces auteurs distinguent les objectifs civils et pénaux, et donc les natures intrinsèques, de la législation sur l'usure. Voir GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.), *Op. cit.*, page 40.

⁸¹⁵ Voir CHILSTEIN (D.), *Op. cit.*, n° 607 et 608.

infractions économiques ou du droit pénal des affaires relèvent du droit pénal accessoire, ainsi en est-il du droit pénal boursier, par exemple ⁸¹⁸. Nous aurons l'occasion de démontrer qu'il en va également ainsi concernant les infractions et les sanctions prévues par les dispositions pénales adossées aux interdictions relatives aux monopoles professionnels étudiés ⁸¹⁹. Pour l'heure, il est nécessaire d'évoquer la nature des conséquences que l'on peut retirer de cette distinction, quant à la quotité des éléments attirés par le texte dont l'application est recherchée. Pour cela, il est nécessaire de déterminer comment se distinguent les dispositions pénales accessoires des dispositions de police, après avoir montré les conséquences de la distinction entre dispositions pénales autonomes et dispositions pénales accessoires.

473. Modalités de la distinction entre dispositions pénales accessoires et dispositions pénales autonomes. S'agissant des modalités de détermination de cette distinction, il convient de se reporter à l'analyse faite par M. CHILSTEIN ⁸²⁰. Selon lui, et la distinction paraît pertinente, les dispositions de droit pénal accessoire doivent s'analyser en fonction de l'ordre socio-économique qui leur a donné naissance, en fonction de besoins qui lui sont propres, alors que les dispositions pénales autonomes ont toute pour objet de faire respecter des valeurs qui sont reconnues par delà les divers ordres juridiques ⁸²¹. Ainsi, c'est parce qu'à un moment donné, dans une sphère

⁸¹⁶ Qu'on en juge : « Certaines lois répressives ont pour fin directe, non la protection sociale, mais la garantie d'intérêts individuels. De telles lois devront s'appliquer quel que soit le lieu où il a été fait grief à l'intérêt protégé. Leur domaine d'application se détermine conformément aux principes du droit international privé. Sous cette forme, l'application du droit étranger se heurte à une objection décisive tirée de la fonction de la loi pénale que méconnaît le point de vue précédent. Que la loi répressive assure la protection d'intérêts privés, cela n'est pas douteux ; mais c'est dans la mesure seulement où l'atteinte portée à ces intérêts retentit d'une façon appréciable sur l'ordre social qu'une sanction pénale s'impose. » Et l'auteur de conclure : « C'est par conséquent cette fonction directe de la loi pénale, et non le rôle qu'elle peut remplir indirectement à l'égard d'intérêts individuels, qui doit être pris en considération pour la détermination de son domaine d'application dans l'espace. » Voir STOUFFLET (J.), Rapport au VIII^{ème} Congrès international de droit pénal, *R.I.D.P.*, 1960, pp. 515 à 526, spécialement page 518. Dans ce congrès, les contributions suivantes pourront également être consultées avec profit : BOUZAT (P.) et BREDIN (J.D.), Rapport, pp. 496 à 514 ; FRANCHIMONT (M.), Rapport, pp. 451 à 480 ; LEIBINGER (R.) et SCHWEIKERT (H.), Rapport, pp. 622 à 640 ; VAN BEMMELEN (J.M.), Rapport général provisoire sur la question de l'application de la loi pénale étrangère par le juge national, VIII^{ème} Congrès international de droit pénal, *R.I.D.P.*, 1960, pp. 515 à 526. Voir également GAUTIER (P.Y.), Sur la localisation de certaines infractions économiques, *R.C.D.I.P.*, 1989, pp. 669 à 678, spécialement page 673.

⁸¹⁷ Ces auteurs souhaitaient en effet démontrer que « seulement, il n'est pas du tout certain que le champ d'application de la sanction pénale coïncide avec celui de la réglementation du taux de l'intérêt, en tant que réglementation civile » (souligné par nous). Voir GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.), *Op. cit.*, page 40.

⁸¹⁸ Voir CHILSTEIN (D.), *Op. cit.*, n° 8 précité.

⁸¹⁹ Voir *infra* n° 488 et suivants.

⁸²⁰ Voir CHILSTEIN (D.), *Op. cit.*, n° 118.

⁸²¹ Ainsi en est-il de la vie, de l'intégrité physique, les infractions relatives au meurtre, au vol, servant à assurer la protection de valeurs universellement admises.

géographique donnée, dans un contexte socio-économique donné dont il a été jugé utile d'assurer la protection sur le plan pénal que l'infraction et sa sanction ont pu être déterminées.

474. Portée a priori limitée de la distinction entre dispositions pénales accessoires et dispositions pénales autonomes. En principe, la détermination des éléments pouvant être attirés par un texte pénal obéit au principe de la territorialité stricte ou de personnalité stricte. En effet, en vertu des dispositions de l'article 113-2 du Nouveau Code Pénal, « La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ». L'article 113-6 du même code ajoute que « la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par des français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ». Par ailleurs, si le lieu de commission de l'infraction se situe hors du territoire de la République, d'autres textes prévoient l'application des textes pénaux français dès lors que l'auteur de l'infraction – article 113-6 – ou la victime – article 113-7 – sont français. La cause peut alors sembler entendue. En effet, les textes précités prévoient que la loi française s'applique « aux délits », pris en leur entier, même si une partie infime des éléments constitutifs de l'infraction s'est déroulée dans la sphère d'application impérative du texte. Sur ce plan, la théorie dégagée par M. CHILSTEIN, bien qu'intéressante et remarquablement bien construite, souhaitable même, bute sur deux adages clés, qui guident l'interprète : *poenalia sunt restringenda*, et *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. La démarche évoquée dans les articles rapportés ci-avant ne peut pas être, pour l'instant et au regard de ces deux adages, distinguée selon que la disposition pénale s'analyse en une disposition pénale accessoire ou non, et ce d'autant plus que les textes pénaux sont d'interprétation stricte, le premier adage évoqué étant devenu l'article 111-4 du nouveau code pénal. Il ne faudrait pas pour autant en conclure que la qualification d'un texte en disposition pénale accessoire ne présente aucun intérêt : l'importance de cette qualification particulière se manifeste plus clairement lorsqu'elle est comparée avec la notion de disposition de police.

475. Distinction entre disposition pénale accessoire et catégorie des dispositions de police . Il a été démontré que le phénomène d'attraction se rencontrait dans les deux domaines. Mais la similitude s'arrête là. Une disposition de droit pénal accessoire a pour seule vocation de sanctionner la violation d'une infraction, définie par un texte interprété restrictivement, alors que la disposition de police a une vocation plus large : elle visera à sanctionner les aspects civils de la violation de l'interdiction professionnelle, indépendamment du fait que cette violation peut ou non constituer une infraction au sens pénal du terme. Cette distinction est fondamentale à bien des égards, mais pour l'heure, elle va conditionner la portée réelle du phénomène d'attraction.

476. Portée de la distinction entre dispositions pénales accessoires et dispositions de police . A la lumière des textes que nous avons cités, il y a lieu de conclure que les dispositions pénales, par rapport aux dispositions de police, vont présenter deux particularités. La première est que le phénomène d'attraction des situations par le texte aura une portée élargie quant aux éléments attirés. Il suffit en effet,

d'après l'article 113-2 alinéa 2 du Nouveau Code Pénal, qu'un seul des éléments constitutifs de l'infraction se soit déroulé dans le champ d'application impératif du texte pour que le comportement en son entier soit l'objet des « bons soins » du texte pénal. La seconde particularité est que le phénomène d'attraction ne jouera que sur le territoire de la République⁸²², en ce compris, nous dit l'article 113-1 du Nouveau Code Pénal, les espaces maritime et aérien qui lui sont liés. La zone dans laquelle ce phénomène s'applique est donc réduite par rapport à ce que l'on constate pour les dispositions de police. Ce constat se justifie d'autant que la nature de l'intérêt sauvegardé par une disposition de droit pénal accessoire est moins vaste que celle de l'intérêt sauvegardé par une disposition de droit pénal autonome. C'est-à-dire qu'il ne jouera pas, pour sanctionner l'exercice illégal d'un prestataire opérant à l'étranger, même si ce prestataire a des implantations en France. La donne n'est pas du tout la même concernant les dispositions de police, dont nous allons voir qu'il faut distinguer en fonction du but qu'elles poursuivent.

2) Principe de distinction entre les dispositions de police d'administration et les dispositions de police de protection

477. Exposé du principe. M. Arnaud NUYTS⁸²³, s'interrogeant sur l'application dans l'espace des lois de police, développe une analyse intéressante sur ce point, notamment par référence aux travaux de M. le Professeur Pierre MAYER⁸²⁴. Il pose le problème de la manière suivante : « se pose la question de savoir si les lois de police s'appliquent uniquement aux faits qui se déploient sur le territoire de l'Etat auquel elles appartiennent ou bien, au contraire, si elles attirent le règlement de faits localisés à l'étranger ». Il distingue, pour y répondre, les dispositions de police en fonction du but qu'elles poursuivent. Selon cet auteur, la situation n'est pas identique selon que les dispositions concernées peuvent être qualifiées de dispositions de police d'administration ou de dispositions de police de protection.

478. Modalités de la distinction. M. Arnaud NUYTS énonce clairement les moyens d'opérer cette dichotomie entre dispositions de police d'administration et dispositions de police de protection. Nous nous fondons sur cet auteur dans la mesure où la démarche qu'il opère nous paraît constituer une bonne synthèse des doctrines abondant en ce sens. Selon lui, en effet, une disposition de police est dite d'administration lorsqu'elle répond à la formule de Phocion FRANCESKAKIS, à savoir lorsqu'elle « tend de manière directe, à la sauvegarde de l'organisation étatique ou des intérêts collectifs »⁸²⁵. Par ailleurs, une

⁸²² Voir en ce sens RIGAUX (F.), Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1989, I, Vol. 213, pp. 9 à 408, spécialement pp. 79 à 81, où l'auteur affirme que sur son territoire, l'Etat a seul le pouvoir de coercition.

⁸²³ Voir NUYTS (A.), L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire, *R.C.D.I.P.*, 1999, pp. 31 et s, et pp. 245 et s, spécialement pp. 41 et 42.

⁸²⁴ Voir MAYER (P.), in GHESTIN (J.) et FONTAINE (M.) (sous les directions de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, Bibliothèque de droit privé, t. 261, L.G.D.J., Paris, 1996, spécialement n° 32 page 531.

⁸²⁵ Voir NUYTS (A.), *Op. cit.*, page 42.

disposition de police sera dite de protection lorsqu'elle « se borne à écarter le jeu normal du droit contractuel – sur le plan de la formation, de l'exécution ou de la fin de la relation contractuelle – de manière à sauvegarder les intérêts particuliers d'une partie au contrat »⁸²⁶. Cette distinction n'est d'abord pas neutre quant à la définition des situations qui peuvent être attirées par la disposition en cause et elle n'est ensuite pas sans soulever quelques difficultés.

a Portée de la distinction

479. Portée de la distinction sur les éléments attirés. Nous souhaitons montrer que la nature des dispositions envisagées – administration ou protection – conditionnera la puissance du phénomène d'attraction. Il conviendra de distinguer, pour appréhender cette portée, les dispositions de droit interne de celles issues du droit communautaire. En effet, nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer le caractère récent de l'émergence de l'acception communautaire des dispositions de police. De plus, les intérêts servis par ces dernières sont strictement encadrés par les exigences du marché intérieur.

480. Portée de la distinction – Droit national. M. Arnaud NUYTS expose, dans sa recherche des éléments qui peuvent être attirés par les dispositions pertinentes, la dichotomie suivante, au regard des textes internes : « les dispositions impératives qui visent à protéger des intérêts privés de l'intermédiaire de commerce ont vocation à s'appliquer à l'ensemble de la relation contractuelle, y compris aux prestations qui se localisent à l'étranger. Elles se distinguent à nouveau, sur ce point, des mesures de police administrative, qui se bornent, le plus souvent, en raison du caractère national ou collectif des intérêts en jeu, à régir les faits qui se localisent sur le territoire de l'Etat impliqué »⁸²⁷. Nous formulerons deux remarques quant à cette distinction opérée par M. Arnaud NUYTS. D'abord, elle peut être étendue, comme nous le verrons, aux dispositions françaises qui intéressent la protection de l'investisseur, du consommateur, car toutes ces personnes pourraient s'analyser comme étant des parties faibles (si elles sont profanes, et non pas averties), comme l'intermédiaire de commerce ayant servi d'exemple explicatif à l'auteur précité. Ensuite, il nous semble plus exact de parler d'intérêt général plutôt que collectif, et d'intérêt catégoriel plutôt que privé. En effet, c'est la qualité de salarié, de consommateur profane⁸²⁸, d'investisseur profane, qui justifie l'existence d'une faiblesse nécessitant protection⁸²⁹. D'une certaine manière, il y a bien intérêt collectif, mais pour une certaine catégorie de personnes. Et la disposition pertinente visera à la protection des consommateurs, investisseurs, pris en tant que catégorie de sujets de droit. La faiblesse inhérente à cette catégorie de personnes justifiera cette protection⁸³⁰, c'est pour cela que la dénomination d'intérêt catégoriel nous paraît plus appropriée. Par ailleurs, les dispositions de police d'administration servent l'intérêt général, indépendamment de la situation de telle ou telle catégorie de personnes. Il nous faut vérifier si cette distinction

⁸²⁶ *Ibidem*, op. et loc. cit..

⁸²⁷ *Ibidem*, Op. cit., page 61.

⁸²⁸ Voir Cass. Civ. 1^{ère}, 19 octobre 1999, Mme Moquin c/ Deutsche Bank AG et autres, *R.C.D.I.P.*, 2000, pp. 29 à 34, note LAGARDE (P.) ; *Clunet*, 2000, pp. 328 à 341, note RACINE (J.B.) ; *D.* 2000, Jurisprudence, pp. 765 à 768, note AUDIT (M.).

peut être considérée comme reconnue par le droit communautaire, au regard de l'émergence récente de la notion de disposition de police formulée par la C.J.C.E..

481. Portée de la distinction - Droit communautaire. A première vue, la jurisprudence rapportée ci-avant ne reconnaît comme dispositions de police que celles, dans la classification des intérêts à protéger, qui ressortissent à la catégorie des dispositions de police d'administration. Pourtant, une analyse plus poussée de la construction et de la motivation de la décision peut conduire à relativiser ce premier constat. En effet, s'il est exact que la définition dégagée, dont M. FALLON⁸³¹ affirme qu'elle n'est pas une exerce de style, par la C.J.C.E. ne semble pas faire mention des dispositions visant à la protection d'intérêts catégoriels, les législations qui se concurrençaient avaient pour objectif la protection de tels intérêts puisqu'il s'agissait de salariés. De plus, la Cour s'est fondée, pour trancher le litige, sur l'analyse qu'elle avait déjà eu l'occasion de mener, et qui consistait à comparer, pour les législations en cause, la manière dont elles servaient les intérêts – consistant en une protection – des salariés. Il n'était pas question ici de la préservation de l'organisation étatique ou politique de la France ou de la Belgique ! Par conséquent, si la lettre de cette décision a pu conduire certains commentateurs à hésiter entre une vision étroite de la notion de dispositions de police et une approche plus fonctionnelle⁸³², il appert que l'esprit de la décision, et surtout l'analyse des données de fait et de droit en litige peut conduire à une conclusion rigoureusement tranchée, en faveur de la seconde approche. Par ailleurs, cette décision fournit un éclairage tout à fait identique à celui observé sur le plan des dispositions nationales, tout au moins quant à la possibilité, pour une disposition de police de protection, d'attirer à elle des faits s'étant déroulés à l'étranger. En effet, la législation française a été considérée comme suffisamment protectrice des intérêts du salarié détaché à l'étranger, à savoir sur le territoire belge, ce qui a conduit à effacer l'application des dispositions belges visant à la satisfaction des mêmes intérêts par des moyens différents. La loi française a donc, de la sorte, attiré à elle des prestations exécutées à

⁸²⁹ Et non pas, comme on pourrait fort bien le craindre, un excès de nationalisme du juge saisi. Ainsi, Messieurs LOUSSOUARN et BOUREL exprimaient une telle crainte. Mais M. le Professeur Pierre MAYER a montré qu'il n'y avait pas lieu d'y succomber. Voir pour l'expression compréhensible de cette crainte LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 1999, n° 131 c, page 131. Voir en notre sens MAYER (P.), *Rep. Dalloz Int.*, V^{is} Lois de police, n° 25, qui relève qu'en pratique, la tendance au nationalisme exacerbé des juges ne s'est pas manifesté, et que « *les cas d'application de la loi de police du for au détriment de la loi étrangère normalement applicable sont normalement rares. [...] La crainte, infondée, d'un usage abusif, ne doit pas priver le législateur et le juge d'un instrument de protection d'intérêts légitimes, que la localisation abstraite de la situation par la règle de conflit conduirait à méconnaître* ».

⁸³⁰ Voir MAYER (P.), *Op. cit.*, n° 19, qui relève fort justement que « *le souci contemporain de protection de la partie faible (qu'elle soit un salarié, un locataire, un assuré, un consommateur...) s'exprime dans des règles que la partie forte ne doit pas pouvoir librement évincer* ».

⁸³¹ Voir FALLON (M.), Note sous C.J.C.E., 23 novembre 1999, J.C. Arblade, Arblade & fils SARL, B et S Leloup et Sofrage SARL, *R.C.D.I.P.*, 2000, pp. 710 à 737, spécialement page 730.

⁸³² *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

l'étranger, mais il est vrai, sous condition préalable d'avoir satisfait au test de la protection suffisante par rapport à la législation belge. Quant aux dispositions de police d'administration, le regard du juge communautaire sur la question peut être déduit de l'analyse de l'arrêt Arblade, du fait de la teneur de la définition fournie⁸³³. Rappelons en effet que la définition, basée sur celle de M. FRANCESCAKIS, ne reconnaît cette catégorie de textes comme étant susceptible « d'imposer le respect des intérêts jugés cruciaux » que sur le territoire national de l'Etat membre sur lequel le rapport de droit ou la personne a été localisée⁸³⁴. La dichotomie perçue par M. NUYTS semble donc tout à fait suivie par les juges communautaires, concernant les textes nationaux. Reste à savoir si elle l'est quant aux textes communautaires eux-mêmes.

482. Portée de la distinction – Droit communautaire – textes communautaires.

La question à trancher est celle de savoir si les directives, une fois admise leur qualification en disposition de police, peuvent attirer à elles des faits qui se seraient déroulés hors du territoire de l'Union européenne, une fois que le critère d'efficacité internationale, que nous décrivons par ailleurs⁸³⁵, a été localisé dans la zone d'application impérative desdites directives. Cette question se distingue, là encore de l'application extraterritoriale des textes communautaires. La notion dégagée par l'arrêt ci-avant pourrait être transposée, rien ne l'interdit, du moins à lire cette décision. Toutefois, l'on pourrait interpréter de manière restrictive la motivation exprimée par la Cour lorsqu'elle affirme que « peuvent être considérées comme étant de police les dispositions nationales »⁸³⁶. Cette dernière interprétation doit cependant être abandonnée. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter à l'affaire Ingmar, dont nous avons déjà eu l'occasion d'analyser l'arrêt de la C.J.C.E. auquel elle donna lieu⁸³⁷. Cet arrêt a été décrit comme érigeant une directive communautaire en disposition de police⁸³⁸. Sur la base de la lecture conjointe des arrêts Arblade et Ingmar, il semble donc que la dichotomie que nous venons de mettre en exergue à propos du droit national puisse être étendue sur le plan des textes européens. Cependant, il convient de remarquer qu'une telle distinction peut être délicate à mettre en œuvre, car il se peut que les textes communautaires, à l'instar des textes nationaux, servent simultanément les deux catégories d'intérêts que nous avons distinguées. De surcroît, ces intérêts ne se recouvrent pas exactement avec ceux servis par les dispositions de l'ordre interne.

⁸³³ Voir *supra* n° 437.

⁸³⁴ Voir en ce sens *supra* n° 199.

⁸³⁵ Voir *infra* n° 536.

⁸³⁶ Voir C.J.C.E., 23 novembre 1999, J.C. Arblade, Arblade & fils SARL précité.

⁸³⁷ Voir C.J.C.E., 9 novembre 2000, Ingmar GB Ltd, aff. C-381/98, *Europe*, 2001, page 18, obs. IDOT (L.).

⁸³⁸ Voir IDOT (L.), obs. précitée sous C.J.C.E., 9 novembre 2000, Ingmar GB Ltd, aff. C-381/98, *Europe*, 2001, page 18. Il s'agissait des articles 16 et 17 de la directive 86/653/C.E.E., relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, qui garantissent certains droits à l'agent commercial après la cessation du contrat d'agence.

b Difficultés de la distinction

483. Difficulté de la distinction – législations à intérêts mixtes. Précisons d'abord que cette distinction est assez délicate, dans la mesure où comme le relève M. NUYTS : « les lois de police protectrices ne concourent pas plus intensément que n'importe quelle réglementation à l'organisation sociale, politique, ou économique du pays. Simplement, pour le législateur, le but de protection poursuivi par ces lois rend nécessaire leur application dans l'ordre international, quelle que soit la loi désignée par les parties ou par localisation objective »⁸³⁹. Ensuite, la distinction sus-évoquée n'est absolument pas hermétique. En effet, il est tout à fait possible qu'une disposition puisse servir les deux types d'intérêts, en protégeant tout à la fois ceux de l'Etat et ceux d'une partie faible⁸⁴⁰. Ce constat tient au fait que d'une manière générale, le travail du législateur actuel aboutit à des textes dont l'objet n'est plus monolithique comme par le passé : cet objet est devenu hétérogène⁸⁴¹. A reprendre les travaux préparatoires des lois M.A.F. et de la loi bancaire, il apparaît que la mixité des intérêts défendus gouverne chacun de ces textes⁸⁴². Le problème de la mixité des intérêts défendus n'a pas échappé à M. NUYTS et à M. le Professeur Pierre MAYER⁸⁴³, puisque ce dernier prend l'exemple de la législation relative à la sécurité sociale – que M. NUYTS qualifie de mixte⁸⁴⁴ – pour affirmer que dans cette hypothèse, le législateur a le choix et peut décider de tenir compte de faits s'étant déroulés à l'étranger pour appliquer la législation interne. A y regarder de plus près, il faut s'intéresser aux modalités de ce choix. Peut-on estimer que ce choix doit être guidé par la seule volonté des autorités de l'Etat elles-mêmes, ou doit-on tenter de dégager des critères objectifs déterminant ce choix ? Il nous semble que la deuxième solution soit, de loin, préférable. L'Etat ne choisira pas de mettre en œuvre le principe d'attraction à des faits localisés à l'étranger à la légère, mais en fonction de la nature des intérêts à préserver.

484. Proposition de résolution du problème – prise en compte de l'intérêt à protéger – jurisprudence nationale. Pour montrer que la jurisprudence nationale n'effectue pas ce choix à la légère, il faut se reporter à la jurisprudence citée par M. le

⁸³⁹ Voir NUYTS (A.), *Op. cit.*, page 41.

⁸⁴⁰ *Ibidem*, page 44 ; et voir LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, 7^{ème} éd., Précis Dalloz, 2001, n° 131, pp. 132 et 133 ; voir encore, sur la notion d'intérêts étatiques et son contenu, JACQUET (J.M.) et DELEBECQUE (Ph.), *Droit du commerce international*, 3^{ème} éd., Cours Dalloz, Coll. Droit privé, Paris, 2002, pp. 117 à 120, n° 199 à 202, qui parle, à propos de la protection d'une partie dite faible, d'intérêt collectif dont l'Etat a la charge plutôt que d'intérêt catégoriel, comme nous le préconisons.

⁸⁴¹ Voir *supra* n° 57, et les exemples cités des lois M.U.R.C.E.F., et N.R.E..

⁸⁴² Voir nos développements, *infra* n° 491.

⁸⁴³ Voir MAYER (P.), Le rôle du droit public en droit international privé, *R.I.D.C.*, 1986, pp.467 à 485, spécialement page 481.

⁸⁴⁴ *Op. cit.*, page 61, note 122.

Professeur Pierre MAYER, relative au calcul d'une pension de vieillesse⁸⁴⁵. La Cour de cassation affirme que « les lois de sécurité sociale ont un caractère d'ordre public et territorial qui ne leur permettent pas... de recevoir application hors du territoire national ». Elle en a déduit que pour déterminer le montant d'une prestation, il ne faut pas tenir compte de prestations de travail exécutées en Espagne. Selon M. le Professeur MAYER, ce terme de territorialité signifie le refus, dans l'application d'une certaine règle, de prendre en compte des événements s'étant déroulés à l'étranger. « C'est – dit-il – un choix du législateur, qui pourrait en général être modifié : pourquoi une loi de sécurité sociale ne prévoirait-elle pas, dans un esprit de générosité, de calculer la pension de vieillesse en tenant compte de toute la vie de travail de l'intéressé, où qu'elle se soit déroulée, au moins lorsque le bénéficiaire ne perçoit pas de prestations d'un système étranger ?⁸⁴⁶ » A la vérité, la justification du fait que les éléments s'étant déroulés à l'étranger ne sont pas pris en compte pour l'application de la législation française sur la liquidation des pensions de retraite tient aux intérêts sauvegardés et à leur nature : un équilibre a dû être recherché entre la légitime protection du cotisant d'une part, et l'intérêt que peut avoir l'Etat à limiter le montant des dépenses à effectuer par les organismes de sécurité sociale. L'élan de générosité proposé par cet auteur ne pourrait, à notre sens, voir le jour qu'en théorie ou en cas d'abondance budgétaire. Dans la jurisprudence rapportée, la limitation des dépenses de sécurité sociale a prévalu par rapport à la protection du cotisant. La jurisprudence communautaire se situe exactement dans la même optique.

485. Proposition de résolution du problème – prise en compte de l'intérêt à protéger – jurisprudence communautaire. Les données de l'affaire Ingmar doivent être à nouveau analysées. En effet, la directive analysée par cette décision concernait la protection des agents commerciaux. L'on se situe donc à première vue dans la perspective d'un texte à vocation de protection d'intérêts catégoriels, mais la directive satisfait également les objectifs fondamentaux du Traité de Rome, ce qui, nous le verrons, pose le problème des législations à intérêts mixtes. Un bref rappel du dispositif s'impose. Selon le point n° 21 de cette décision, en effet : « Les articles 17 à 19 de la directive, en particulier, ont pour objectif la protection de l'agent commercial après la cessation du contrat. Le régime instauré à cette fin par la directive présente un caractère impératif ». Mais le caractère impératif de la directive relative à la protection des agents commerciaux n'avait pas pour seule justification la protection d'un intérêt catégoriel. En témoignent les points 23 et 24 de cette décision : « il convient de relever, en second lieu, que, ainsi qu'il ressort du deuxième considérant de la directive, les mesures d'harmonisation prescrites par cette dernière visent, entre autres, à supprimer les restrictions à l'exercice de la profession d'agent commercial, à uniformiser les conditions de concurrence à l'intérieur de la Communauté et à accroître la sécurité des opérations commerciales. Le régime prévu par les articles 17 à 19 de la directive a ainsi pour objectif de protéger, à travers la catégorie des agents commerciaux, la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur. L'observation desdites dispositions sur le territoire

⁸⁴⁵ Voir Cass. Civ. 19 janvier 1956, *Dr. Soc.*, 1956, page 319, citée par MAYER (P.), *Le rôle du droit public... précité, loc. cit.*

⁸⁴⁶ *Ibidem, op. et loc. cit.*

de la Communauté apparaît, de ce fait, nécessaire pour la réalisation de ces objectifs du traité ». La solution retenue par cet arrêt est récapitulée au point 26 : « les articles 17 et 18 de la directive, qui garantissent certains droits à l'agent commercial après la cessation du contrat d'agence, doivent trouver application dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un État membre et alors même que le commettant est établi dans un pays tiers et que, en vertu d'une clause du contrat, ce dernier est régi par la loi de ce pays ». Pour justifier cette prise de position, il faut remarquer que la Cour insiste lourdement sur les objectifs de sauvegarde de la liberté d'établissement et de concurrence non faussée, traits majeurs du Traité de Rome, et non pas sur une quelconque situation de faiblesse. Ensuite, il n'était pas indiqué, dans cet arrêt, si le représentant avait exécuté des prestations à l'extérieur de l'Union, et la Cour ne s'en est en tout cas pas soucié. Nous concluons, sur cette facette de la décision analysée, que là encore, le juge communautaire a mis en œuvre un choix tactique de voir dans les articles 16 et 17 de la directive 86/653/CEE des dispositions de police d'administration, mais elle l'a fait au vu des intérêts majeurs protégés par le texte⁸⁴⁷.

486. Conséquence. La disparité d'intérêts à défendre par chaque ordre juridique justifie une différence de positions, sur une même situation, entre la jurisprudence française et la jurisprudence communautaire. Ainsi, la controverse née entre la France et l'Union européenne sur la qualification en disposition de police de textes nationaux et communautaires relatifs à la protection des intermédiaires du commerce⁸⁴⁸. En effet, l'arrêt Ingmar précité érige en disposition de police les articles 17 et 18 de la directive 86/653/C.E.E., sur le fondement d'une préservation de la liberté d'établissement et de la saine concurrence, objectifs majeurs du Traité de Rome. A l'inverse, les dispositions de la loi française du 25 juin 1991, codifiée sous les articles L.134-1 du code de la consommation n'ont pas été admises par la Chambre commerciale de la Cour de Cassation française au rang des dispositions de police, car l'intérêt servi par cette législation n'est pas qualifié de crucial, au regard de ceux que le droit français considère comme devant être impérativement protégés – fonctionnement de l'Etat, organisation politique, économique, sociale... et protection des parties faibles. Nous pourrions même ajouter que les protégés doivent être « suffisamment faibles ». La jurisprudence française paraît considérer que l'agent commercial n'est pas suffisamment faible pour justifier le recours à la catégorie des dispositions de police pour régler sa protection. L'arrêt se réfère à la notion de loi d'ordre public interne. Cela dit, comme le relève M. le Professeur Daniel MAINGUY, le principe de primauté du droit communautaire conduit à ce que l'arrêt

⁸⁴⁷ Ces intérêts majeurs résultent du deuxième considérant de la directive 86/653/C.E.E. précitée, et sont focalisés sur la liberté d'établissement et la saine concurrence. Cela rappelle, s'il en était besoin, la vocation première de l'Union Européenne : il s'agit d'abord et avant tout d'une union économique. Pour un tel constat, voir KOVAR (R.), *Juriscl. Int.*, Fasc. 161-2, Communauté européenne, Caractères généraux, spécialement n° 50 à 53 ; voir également IDOT (L.), note précitée, qui relève que « *ce n'est pas la protection de la partie faible qui justifie la qualification alors que le débat avait été très vif en droit français mais les principes fondamentaux de la construction communautaire, liberté d'établissement et jeu d'une concurrence non faussée* ».

⁸⁴⁸ Voir MAINGUY (D.), Lois de police, to be or not to be ?, Note sous C.J.C.E. 9 septembre 2000, Ingmar, Aff. 381/98 et Cass. Com., 28 novembre 2000, SA Allium, *D. & P.*, 2001, n° 96, pp. 109 et 110. Voir également CHEVRIER (E.), *D.*, 2001, n° 3, Jurisprudence, pp. 305 à 306.

rendu par la Cour de Cassation française pourrait être considéré comme une jurisprudence « mort-née »⁸⁴⁹. Le mécanisme d'attraction des faits localisés à l'étranger est donc une question délicate, car il faut savoir interpréter les intérêts fondamentaux d'un texte. Mais l'on peut objecter que ses justifications peuvent permettre de comprendre pourquoi une résistance des juges de l'ordre juridique interne face à la jurisprudence communautaire peut être observée dans certains secteurs. En définitive, la méthode peut être utilisée pour les monopoles bancaires et financiers. Nous verrons que là encore, l'intérêt à protéger joue un rôle déterminant dans la méthode applicable.

B) Application des principes directeurs de l'attraction aux secteurs bancaire et financier

487. Démarche. Les principes directeurs mis en exergue précédemment sont tout à fait adaptés aux secteurs bancaires et financiers. Il convient de le vérifier concernant la distinction à opérer entre les dispositions de police et les dispositions pénales accessoires en premier lieu. Ensuite, la même démarche sera opérée concernant la distinction que nous avons relevée au sein même des dispositions de police.

1) Application du principe de distinction entre droit pénal accessoire et théorie des dispositions de police.

488. Vérification du principe quant aux monopoles professionnels étudiés. Les sanctions pénales des monopoles bancaires et financiers font indubitablement partie du droit pénal accessoire. Et ce, aussi bien au sens formel qu'au sens plus fonctionnel dégagé par M. CHILSTEIN. L'on peut y voir deux raisons. D'une part, l'architecture des textes prévoyant les sanctions de la violation des interdictions est toujours celle d'un texte « adossé » à un autre texte, cela s'appelle l'incrimination par renvoi⁸⁵⁰. Ainsi, l'article L.571-3 du code monétaire et financier, qui sanctionne pénalement les atteintes aux monopoles professionnels – sur les opérations aussi bien que sur les dénominations – du secteur bancaire, renvoie expressément aux articles qui mettent en place lesdits monopoles : le caractère accessoire est donc assuré de manière formelle. D'autre part, les sanctions pénales ont pour fonction, dans le cas présent, d'assurer le respect du droit bancaire, et plus précisément du monopole bancaire, ainsi que le notait M. le Professeur Wilfrid JEANDIDIER⁸⁵¹. Et il faut bien observer que les aléas des codifications successives n'ont pas altéré cette caractéristique, qui a une traduction pratique : ces sanctions ne sont pas prévues dans le code pénal, mais bien dans le code monétaire et financier. Elles faisaient déjà partie du même texte que les interdictions mises en place et dont les sanctions pénales tentent d'assurer le respect : les interdictions étaient posées par les articles 10 et 14 de la loi bancaire, alors que l'article 75 de cette même loi mettait

⁸⁴⁹ *Ibidem*, *Op. cit.*, page 110 *in fine*.

⁸⁵⁰ Sur ce point, voir DESPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.), *Droit pénal général*, coll. Corpus droit privé, 9^{ème} éd., Economica, Paris, 2002, n° 22, et 242 et suivants.

⁸⁵¹ Voir JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2003, n° 59.

en place les sanctions adossées aux premiers textes cités. La même analyse bipartite peut être également faite à propos des monopoles des prestataires de services d'investissement. En effet, les articles L.573-1, L.573-2 et L.573-7 du code monétaire et financier prévoient tous, pour sanctionner les atteintes aux monopoles financiers sur opérations et sur dénominations, un renvoi exprès aux textes mettant ces interdictions en place. Là encore, le caractère accessoire du texte pénal est assuré sur le plan formel. Mais il l'est également sur le plan fonctionnel : la sanction a pour objet d'imposer le respect desdits monopoles, et la traduction pratique que nous avons observée relativement aux monopoles bancaires doit être également relevée concernant les monopoles financiers. En effet, les sanctions pénales font partie du code monétaire et financier, et non du code pénal, et le texte qui a mis en place le diptyque « interdiction – sanction pénale » est le même, c'est-à-dire la loi M.A.F.⁸⁵². Au final, les dispositions relatives aux monopoles bancaires et financiers, on le voit, doivent s'analyser sous le double prisme de la théorie des dispositions de police et du droit pénal accessoire. Il convient maintenant d'évoquer la distinction à opérer entre ces deux qualifications, pour en mesurer la portée pratique sur l'attraction des situations par le texte, et son caractère total ou partiel.

489. Portée de la distinction concernant les dispositions relatives aux monopoles bancaires et financiers. Compte tenu de nos développements antérieurs sur les principes, et compte tenu, notamment de l'architecture des textes pénaux et de leur interprétation stricte, il convient de conclure que les éléments attirés par le texte ne seront pas les mêmes selon que l'on mettra en œuvre la répression pénale d'une part, et la réparation civile – devant les juridictions civiles ou pénales – d'autre part. Si l'action pénale est mise en œuvre, il semble logique d'affirmer que – même si, comme M. CHILSTEIN ou comme M. le Professeur MAYER, nous pensons que cela peut aboutir à des solutions extravagantes⁸⁵³ – au vu des textes pénaux rapportés plus haut, l'on aboutira à ce que les infractions soient caractérisées dès lors qu'un des éléments constitutifs sera situé dans la zone d'impérativité – laquelle est plus réduite que celle des dispositions de police – du texte français. Et relativement au volet pénal des monopoles bancaires et financiers, il y a lieu d'observer que cette zone d'impérativité sera strictement entendue, puisque le code pénal français définit ce qu'il y a lieu d'entendre par « territoire de la République ». Il y a lieu d'y inclure le territoire métropolitain, les D.O.M. qui sont assimilés au territoire métropolitain, les T.O.M., la Nouvelle Calédonie et la collectivité territoriale de Mayotte⁸⁵⁴. Par ailleurs, les infractions commises hors de la mer territoriale

⁸⁵² Les articles 82 et suivants de la loi M.A.F. mettaient en place des sanctions à la violation des articles 21 et suivants de cette même loi.

⁸⁵³ Voir CHILSTEIN (D.), *Op. cit.*, n° 11 ; et voir MAYER (P.), La protection de la partie faible en droit international privé, in GHESTIN (J.) et FONTAINE (M.) (sous les directions de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, Bibliothèque de droit privé, t. 261, L.G.D.J., Paris, 1996, n° 6 page 516.

⁸⁵⁴ Voir en ce sens l'article 113-12 du Nouveau Code Pénal, et la circulaire du 14 mai 1993, sous l'article 727-3 du Nouveau Code Pénal, notamment le paragraphe n° 13 pour la définition de l'espace maritime : celui-ci est limité à la mer territoriale, soit 12 miles marins à compter de la terre – environ 22,25 kilomètres.

peuvent, si une convention internationale ou la loi le prévoient, être soumises à la loi française. En revanche, dans le contexte de la réparation d'un préjudice, il y a lieu d'entendre différemment la zone d'impérativité dans laquelle le phénomène d'attraction pourra s'appliquer. Elle sera fonction de la distinction qu'il convient d'opérer entre dispositions de police d'administration et dispositions de police de protection, et ce aussi bien devant le juge civil que les juridictions pénales.

2) Application aux monopoles professionnels du principe de distinction entre disposition de police d'administration et disposition de police de protection

490. Application du principe. Les monopoles professionnels étudiés relèvent exactement de l'analyse que nous avons menée sur ce point, mais il doit être tenu compte du fait que les intérêts défendus sont de deux nature. Il faut par conséquent remarquer que d'une part, la difficile dichotomie à opérer selon le type de disposition en cause pour appréhender la teneur des éléments attirés par le texte aboutit à un constat de mixité des intérêts sauvegardés. D'autre part, il est nécessaire de dégager l'intérêt bafoué pour savoir quelle portée donner au phénomène d'attraction en cas de disposition de police mixte. Cela peut parfois présenter quelques difficultés.

a Les dispositions pertinentes servent toutes des intérêts mixtes

491. Dispositions nationales – travaux préparatoires. L'exposé des motifs de la loi bancaire est riche d'enseignements sur cette question. En effet, M. Jacques DELORS affirmait que « à divers titres, le système bancaire est devenu un support privilégié de la politique économique, qu'il s'agisse de maîtriser les grands équilibres – à travers la politique monétaire et du crédit – ou d'assurer le financement des investissements »⁸⁵⁵. L'on devrait alors être en présence de dispositions de police à vocation strictement administrative. Mais en même temps, l'exposé des motifs précité prévoit également comme étant l'un des objectifs majeurs du projet de lois la « protection des déposants et emprunteurs »⁸⁵⁶. Relativement aux monopoles des établissements de crédit, il y a bien, par conséquent, mixité des intérêts à défendre. D'autant que le monopole des dénominations, prévu par l'article L.511-8 du code monétaire et financier⁸⁵⁷, sert davantage à protéger les intérêts de parties profanes que ceux de l'Etat à proprement parler. De plus, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a eu l'occasion de préciser cette dualité d'intérêts cruciaux. Dans une affaire relative à l'octroi par une

⁸⁵⁵ Voir le projet de loi n° 486, relatif à l'activité et au contrôle des établissements de crédit présenté par M. Jacques DELORS, J.O. Sénat, n° 486 (1983-1984), page 2, *in fine*.

⁸⁵⁶ *Ibidem*, page 3.

⁸⁵⁷ Ce texte dispose que : « il est interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit d'utiliser une dénomination, une raison sociale, une publicité ou, d'une façon générale, des expressions faisant croire qu'elle est agréée en tant qu'établissement de crédit, ou de créer une confusion en cette matière. Il est interdit à un établissement de crédit de laisser entendre qu'il appartient à une catégorie autre que celle au titre de laquelle il a obtenu son agrément ou de créer une confusion sur ce point ».

banque belge de crédits hypothécaires à des ressortissants français, la Cour a jugé que « l'interdiction pesant sur les établissements de crédit d'exercer leur activité en France sans avoir obtenu l'agrément prévu par l'article 15 de la loi du 24 janvier 1984 protège non seulement l'intérêt général et celui de la profession, mais aussi celui des cocontractants privés »⁸⁵⁸. Les dispositions pertinentes relatives aux monopoles des prestataires de services d'investissement sont exactement du même tonneau. Si l'on s'arrête, en effet, sur les travaux préparatoires relatifs à la loi M.A.F., cette mixité d'intérêts à protéger pourra être constatée⁸⁵⁹.

492. Dispositions communautaires – analyse des considérants. Les directives pertinentes procèdent également de cette mixité d'intérêts protégés : les divers considérants sont plus qu'éloquents. Ainsi, le 5^{ème} considérant de la directive bancaire donne le ton : « les travaux de coordination en matière d'établissements de crédit doivent, tant pour la protection de l'épargne que pour créer les conditions d'égalité dans la concurrence entre ces établissements, s'appliquer à l'ensemble de ceux-ci. ». De plus, le 1^{er} considérant de la D.S.I. précise que : « considérant que les entreprises qui fournissent des services d'investissement couverts par la présente directive doivent être soumises à un agrément délivré par l'État membre d'origine de l'entreprise d'investissement aux fins d'assurer la protection des investisseurs et la stabilité du système financier ». Dans le même esprit, mais avec une inversion dans l'ordre des objectifs, le 1^{er} considérant de la directive sur la commercialisation à distance des produits financiers justifie ce texte comme suit : « Il importe, dans le cadre de la réalisation des objectifs du marché intérieur, d'arrêter les mesures destinées à consolider progressivement celui-ci, ces mesures devant par ailleurs contribuer à réaliser un niveau élevé de protection des consommateurs, conformément aux articles 95 et 153 du traité ». Pareillement, le projet de nouvelle directive sur les services d'investissements est basé sur une justification analogue à la D.S.I., avec toutefois une volonté de mettre en place un dispositif plus efficace. Enfin, la directive relative au crédit à la consommation⁸⁶⁰ a été prise également dans le but de satisfaire aux objectifs du traité, notamment en termes de saine concurrence, mais également en vue d'optimiser les conditions de protection des consommateurs sur le territoire de l'Union européenne. Dès lors, la distinction opérée par M. NUYTS trouve là les limites qu'il avait perçues. Il convient alors de vérifier la mise en œuvre de la solution que nous avons dégagée précédemment, à savoir que pour déterminer la portée du phénomène d'attraction sur des faits localisés à l'étranger, il est nécessaire de privilégier le type d'intérêt, bafoué ou susceptible d'atteinte, et ce au cas par cas.

⁸⁵⁸ Voir Cass. Com., 13 mars 2001, formation restreinte, H.S.A. Banque d'épargne c/ Mayade, Lexilaser Cassation, Arrêt n° 521, pourvoi n° 96-20.840. Sur cet arrêt, voir *R.J.D.A.* 2001, n° 801 ; et voir *D.*, 2001, n° 3, Jurisprudence, pp. 305 à 306, Note CHEVRIER (E.).

⁸⁵⁹ Voir nos développements n° 79.

⁸⁶⁰ Voir Directive 87/102/C.E.E. du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, Journal officiel n° L 042 du 12/02/1987 pp. 48 – 53.

b La solution est conditionnée par la nature de l'intérêt bafoué.

493. Diversification des analyses selon les chambres de la Cour de cassation. Ces intérêts ont été diversement appréciés par les chambres de la Cour de cassation. Une distinction doit être opérée entre la première chambre civile d'une part et ensemble la chambre commerciale et la chambre criminelle d'autre part. La première chambre civile de la Cour de cassation, suivie en cela pendant un certain temps par la chambre commerciale et la chambre criminelle⁸⁶¹, s'est toujours montrée réticente à assortir de sanctions civiles le délit d'exercice illégal de la profession de banquier, au motif que la violation du monopole ne porte atteinte qu'à l'intérêt général et à celui de la profession que la loi a voulu protéger⁸⁶². Cette position a perduré⁸⁶³, malgré l'évolution qu'a initiée sur ce plan la chambre commerciale, suivie par la chambre criminelle. Cette dernière a en effet admis que « si le délit d'exercice illégal d'une activité de gestion de portefeuille pour le compte de tiers, sans l'agrément prévu par l'article 11 de la loi du 2 juillet 1996, porte atteinte à l'intérêt général, il peut également causer à des particuliers un préjudice direct et personnel de nature à servir de fondement à l'action civile devant la juridiction répressive »⁸⁶⁴. La Chambre commerciale s'était démarquée de la position de la première chambre civile à compter d'un arrêt fondateur du 19 novembre 1991. La chambre commerciale a estimé que l'intérêt des crédit-preneurs était protégé par l'interdiction mise en place par les textes et que dès lors, l'annulation était possible. Dans la construction jurisprudentielle qui s'est dégagée autour des prêts hypothécaire, la même volonté de sauvegarde d'intérêts catégoriels a animé les débats.

494. Chambre commerciale – Construction jurisprudentielle autour de l'octroi de prêts hypothécaires. Dans les affaires relatives à l'exercice par des banques belges de l'activité bancaire sur notre territoire, celle-ci consistant en l'octroi de crédits hypothécaires, il est apparu que les opérations litigieuses ont pu être sanctionnées par la Cour de cassation au motif que les dispositions de l'article 10 de la loi bancaire étaient qualifiées comme étant de police. Nous avons établi que ce texte servait des intérêts mixtes. Il faut dès lors s'interroger sur l'exacte motivation de ces décisions, et plus précisément sur la question de savoir quel intérêt a été sauvegardé en l'espèce. Cela nous permettra ainsi d'apporter un éclairage particulier sur les analyses qui ont pu être faites. Nous évoquerons d'abord l'affaire Parodi, qui a donné lieu à l'analyse communautaire du problème, puis à la réponse de la Cour de Cassation. Par la suite, une résistance des juges du fonds a pu être constatée. Enfin, l'arrêt Mayade, rendu par la Chambre commerciale de la Cour de Cassation, constitue un épisode important dans la

⁸⁶¹ Voir Cass. Crim., 9 mai 1972, *Bull. crim.*, n° 158 ; Cass. Crim., 7 novembre 1989, *J.C.P. éd. E.*, 1991, I, 65, n° 2 ; Voir pour le démarchage financier Civ. 1^{ère}, 15 mai 2001, *D. Affaires*, 2001, 1879, note LIENHARD (A.).

⁸⁶² Voir Cass. Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1982, *Bull. civ. I*, n° 286 ; *J.C.P. éd. G.*, 1983, IV, 1 ; *R.T.D.Com.*, 1983, page 261.

⁸⁶³ Voir Cass. Civ. 1^{ère}, 24 février 1993, *J.C.P. éd. G.*, 1993, I, n° 302, page 559, obs. GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.).

⁸⁶⁴ Voir Cass. Crim. 5 mars 1998, *D. Affaires*, 1998, 876, obs. AVENA-ROBARDET (V.) ; *Rev. Sociétés* 1998, 412, note BOULOC (B.).

solution à apporter au problème soulevé.

495. Jurisprudence S.C.I. Parodi c/ Banque H. Albert de Bary – présentation des faits. Le type de litige que nous évoquons a été soumis, par la voie de la question préjudicielle, à la C.J.C.E., dans l'affaire Parodi, dont les faits, qui se déroulaient dans un contexte daté ⁸⁶⁵, étaient les suivants. Le 29 novembre 1984, la Banque de droit néerlandais H. Albert de Bary consentit à la S.C.I. Parodi, dont le siège est à Megève, un prêt hypothécaire pour un montant de 930 000 DM. En 1990, la S.C.I. assigne la banque devant le T.G.I. de BONNEVILLE, en vue du prononcé de la nullité du prêt pour défaut d'agrément de la banque d'une part, et remboursement de certaines sommes correspondant aux frais et intérêts versés à la banque d'autre part. Par jugement du 12 juin 1991, le Tribunal rejeta la demande de la S.C.I.. Un appel fut interjeté, et la Cour d'appel de Chambéry confirma la décision des juges du premier degré, s'appuyant sur le fait que la banque bénéficiait de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services dans la Communauté au regard du Traité de Rome et de la seconde directive bancaire de 1989, pourtant non applicable aux faits de l'espèce ⁸⁶⁶. La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi, estima opportun de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la C.J.C.E., dans le cadre des dispositions de l'article 177 du Traité CE ⁸⁶⁷. Il était demandé à cette juridiction de dire si : « pour la période précédant l'entrée en vigueur de la directive 89/646/C.E.E. du Conseil du 15 décembre 1989, [...] les articles 59 et 61 paragraphe 2 du Traité C.E.E. doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale exigeant un agrément pour prêter des services en matière bancaire, notamment pour consentir un prêt hypothécaire, lorsque la banque, établie dans un autre Etat membre, y bénéficie d'un agrément » ⁸⁶⁸. Cette décision de renvoi préjudiciel était d'abord motivée sur le fait que la C.J.C.E. avait jugé que l'article 59 du Traité C.E.E. exigeait la suppression de toute restriction à la libre prestation de services, même celles qui s'appliquent indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres. Ensuite, les articles 59 et 60 dudit Traité ont été considérés par la C.J.C.E. comme étant d'application directe, c'est-à-dire sans que leur applicabilité ne soit subordonnée à une quelconque harmonisation des législations internes. Partant, la Cour de cassation pouvait fort logiquement hésiter à appliquer la loi bancaire et la nécessité d'agrément qu'elle contient. Il est par ailleurs à noter que dans cet arrêt, la Cour de

⁸⁶⁵ Voir *D. Aff.* 1999, pp. 69.

⁸⁶⁶ Il s'agissait de la directive n° 73/183/C.E.E. du Conseil, du 28 juin 1973, concernant la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services en matière d'activités non salariées des banques et autres établissements financiers, *J.O.C.E.*, 1973, n° L. 194, page 1. Ce texte ne prévoit pas encore la reconnaissance mutuelle des agréments que nous connaissons aujourd'hui. Nous aurons l'occasion de relever l'importance de cette précision. Voir *C.J.C.E.*, 9 juillet 1997, *S.C.I. Parodi c/ Banque Albert de Bary et Cie*, *Aff. C-222/95*, *Rec. 97*, I, page 3914 et s., point 24.

⁸⁶⁷ Elle fut saluée en cela par la doctrine, par ailleurs critique à son endroit, sur d'autres points, dans cette affaire. Voir SOUSI-ROUBI (B.), Note sous *Cass. Com.* 20 octobre 1998, *SCI Parodi c/ Banque Albert de Bary et Cie*, *D.*, 1999, *Jurisprudence*, pp. 10 à 12, spécialement page 11.

⁸⁶⁸ Voir *Cass. Com.* 13 juin 1995, *bull. civ. IV*, n° 174, pp. 161 et 162.

cassation a laissé pressentir qu'elle condamnait l'argumentation de la Cour d'appel de Chambéry qui consistait à appliquer – trop tôt – la directive de 1989⁸⁶⁹.

496. Jurisprudence S.C.I. Parodi c/ Banque H. Albert de Bary – analyse communautaire. C'est en cet état des faits et de la procédure que le litige fut soumis à l'analyse de la Cour de Justice des Communautés Européennes. La C.J.C.E. a répondu que l'article 59 s'opposait à ce qu'un Etat membre impose à un établissement de crédit, déjà agréé dans un autre Etat membre, d'obtenir un agrément pour pouvoir accorder un prêt hypothécaire à une personne résidant sur son territoire⁸⁷⁰. Elle précise cependant que cette opposition ne joue pas si l'agrément remplit les trois conditions suivantes. Il doit s'imposer à toute personne ou à toute société exerçant une telle activité sur le territoire de l'Etat membre de destination. Ensuite, il doit être justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection des consommateurs. Enfin, il doit être objectivement nécessaire pour assurer le respect des règles applicables dans le secteur considéré et pour protéger les intérêts que ces règles ont pour but de sauvegarder, étant entendu que le même résultat ne pourrait pas être obtenu par des règles moins contraignantes⁸⁷¹. Il apparaît donc qu'une sorte de grille d'analyse est confiée au juge français pour qu'il puisse trancher ce litige. Elle laisse la part belle à l'intérêt protégé par le texte – sous-entendu le texte interne. Au titre de l'intérêt sauvegardé, l'arrêt inclut la protection des consommateurs. Relevons que suivant en cela les conclusions de M. l'Avocat Général, la Cour considère qu'en l'espèce, l'agrément ne concourt pas à la protection des consommateurs⁸⁷², car il ne viserait qu'à garantir la solvabilité des banques à l'égard des épargnants. Nous formulerons trois objections. D'une part, l'agrément a été mis en place par la loi bancaire dans le double but de protéger les épargnants et les emprunteurs et l'organisation du système bancaire français, constitutif de l'un des rouages de l'économie nationale. D'autre part, nous ferons observer que l'argumentation de la C.J.C.E. est bien sommaire, puisqu'elle reconnaît d'abord ne pas avoir toutes les informations nécessaires⁸⁷³. Elle recèle ensuite une contradiction de taille : assurer la solvabilité des banques ne contribue-t-il pas à protéger les parties faibles (épargnants, investisseurs profanes), dans la mesure où le C.E.C.E.I. a pour mission d'apprécier le programme d'activités que l'établissement bancaire désire développer⁸⁷⁴ ? Au surplus, elle laisse à la juridiction nationale le soin d'apprécier, ce qu'elle n'avait pu faire elle-même, si le texte analysé – en l'espèce l'article 10 de la loi bancaire – vise bien

⁸⁶⁹ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*. Cela a pu faire dire à la doctrine que la cassation qui s'en est suivie, après la réponse de la C.J.C.E., était attendue. Voir en ce sens SOUSI-ROUBI (B.), Note sous Cass. Com. 20 octobre 1998 précitée, *loc. cit.*.

⁸⁷⁰ Voir C.J.C.E., 9 juillet 1997, précité, point 32.

⁸⁷¹ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

⁸⁷² *Ibidem*, point 28.

⁸⁷³ La C.J.C.E. précise en effet que « la Cour ne dispose d'informations ni quant à la finalité précise de l'agrément requis par la réglementation nationale, ni quant à la pratique suivie par les autorités compétentes à l'égard des banques établies dans d'autres Etats membres ». Voir même arrêt, point 28 précité.

à protéger les consommateurs, mais sans préciser si cette analyse doit se faire in concreto ou in abstracto. Cette décision a été qualifiée par une doctrine autorisée de décevante et désolante⁸⁷⁵. Elle l'est assurément, pour les raisons que nous venons d'évoquer. C'est dire qu'elle contient, en germe, tous les ingrédients pour que l'article 10 de la loi bancaire soit appliqué à l'espèce par la Cour de cassation, et c'est effectivement ce qui s'est produit.

497. Arrêt S.C.I. Parodi c/ Banque H. Albert de Bary – réponse de la Cour de cassation. Cet arrêt, rendu par la Chambre commerciale de la Cour de Cassation, a été vivement critiqué par la doctrine, celle-là même qui avait vilipendé la décision rendue par la C.J.C.E.. Nous verrons qu'il y a lieu d'adhérer à ces critiques, mais toutefois pas pour leur totalité. Il nous semble en effet que la Cour de cassation, compte tenu de la nature de la décision rendue par la C.J.C.E., ne pouvait faire autrement que d'appliquer l'article 10 de la loi bancaire en l'espèce. Quelques auteurs se sont d'ailleurs prononcés en ce sens, mais sans opposer de véritable argumentaire aux critiques adressées à l'arrêt de la Cour de cassation évoqué ici⁸⁷⁶. Pour mieux comprendre comment cette décision a pu déclencher un véritable tollé, il faut en rappeler la teneur⁸⁷⁷. La Cour de cassation a dit pour droit que « à l'époque du prêt litigieux, l'agrément [...] était conforme aux trois conditions exigées, pour sa validité, par l'arrêt précité de la Cour de Justice des Communautés Européennes, notamment en ce qu'il devait être obtenu par toute personne ayant pour activité l'octroi de prêts hypothécaires en France et en ce que, pour l'accorder, le Comité des Etablissements de Crédit devait apprécier l'aptitude de l'entreprise requérante à réaliser ses objectifs de développement, dans des conditions compatibles avec le bon fonctionnement du système bancaire et qui assurent à la clientèle une sécurité satisfaisante, conditions justifiant alors l'implantation de succursales, compte tenu des garanties que celles-ci offraient en l'absence de règles prudentielles suffisamment harmonisées au sein des Etats membres et de relations précisément organisées et effectivement mises en œuvre entre les autorités de contrôle des pays concernés ». Cet arrêt suscitera de notre part les observations suivantes. La Cour de cassation a d'abord rappelé le caractère non discriminatoire de l'agrément.

⁸⁷⁴ A notre sens, cela tient du scandale. En effet, le dossier d'agrément du C.E.C.E.I. est disponible – aujourd'hui en ligne – et la Cour aurait pu se le procurer auprès du C.E.C.E.I., même dans sa version applicable au moment des faits. Son contenu aurait suffi à prouver que la protection des consommateurs était bien l'un des objectifs de l'agrément. Pour une conclusion similaire, allant même jusqu'à affirmer que le dossier n'avait pas été suffisamment préparé par la C.J.C.E., voir SOUSI-ROUBI (B.), *R.D.B.B.*, 1997, page 213. Pour la consultation de la version actuelle du dossier d'agrément, voir J.O.R.F. 20 décembre 2000, la section II de ce dossier traite du programme d'activités, dans lequel la description de la clientèle ainsi que les modalités de son approche sont prévues.

⁸⁷⁵ SOUSI-ROUBI (B.), *R.D.B.B.*, 1997, page 213 précité.

⁸⁷⁶ Voir en ce sens Cass. Com., 20 octobre 1998, *SCI Parodi c/ Banque Albert de Bary et Cie*, *D. Aff.* 1999, pp. 69 ; et R.J.D.A. 12/98, n° 1395. Voir, avec toutefois quelques réserves, la note de M. le Professeur Michel CABRILLAC, *R.T.D.Com.*, 1999, pp. 166 à 168.

⁸⁷⁷ Voir Cass. Com. 20 octobre 1998, n° 1681 P, précité.

Ensuite, elle a rappelé que l'agrément avait un double objectif – ce que nous soutenons. Sur ce, elle a fait prévaloir l'intérêt lié à la protection des consommateurs. Par rapport à l'arrêt rendu par la C.J.C.E., elle effectue une forme de test du caractère objectivement nécessaire du dispositif employé – l'agrément – pour atteindre le but recherché – la protection de la partie faible. Elle s'appuie en effet sur le fait que la directive applicable aux faits de l'espèce prévoyait l'implantation de succursales dûment agréées sur le sol français, puisqu'il n'y avait ni harmonisation des législations internes, ni reconnaissance mutuelle. Une partie significative de la doctrine a abondamment et avec force, critiqué cette décision⁸⁷⁸.

498. Grievs formulés et critique de la critique⁸⁷⁹. Les principaux griefs retenus consistent non pas en la cassation elle-même, puisque de toute manière, l'arrêt d'appel aurait dû être cassé pour fausse application de la directive de 1989 et de la loi de transposition⁸⁸⁰. C'est à l'encontre de la motivation que les griefs les plus importants ont été formulés. En effet, Mme le Professeur SOUSI-ROUBI, qui avait critiqué avec une certaine véhémence l'arrêt de la Cour de Justice, a fait de même avec l'arrêt rendu par la Cour de cassation⁸⁸¹. Elle lui adresse le reproche de s'être cantonnée à la seule lecture du dispositif, sans puiser d'indications dans le corps de l'arrêt lui-même. Partant, la Cour de cassation serait passée, selon cet auteur, à côté des termes précis du débat. Mme SOUSI précise que le raisonnement suivi par la Cour de cassation est celui qui est utilisé pour contrôler une restriction à la liberté de prestation de services – test dit de l'intérêt général – alors que compte tenu du fait qu'il existait une obligation d'implantation sous forme de succursale, il s'agissait d'un problème de négation de cette liberté, qui ne peut être justifiée que lorsqu'elle est indispensable pour atteindre le but recherché. En l'espèce, la Cour de cassation n'aurait pas étudié le caractère indispensable de l'agrément pour atteindre l'objectif de protection des consommateurs⁸⁸². Il faut observer, et Mme SOUSI le remarque, que le dispositif de l'arrêt de la C.J.C.E. n'invite pas à la réalisation de ce test du caractère indispensable, l'indication se trouve comprise dans le corps de cette décision⁸⁸³. La C.J.C.E. était en effet liée par la teneur de la question

⁸⁷⁸ Voir en ce sens SOUSI-ROUBI (B.), Note sous Cass. Com, 20 octobre 1998, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, *D.*, 1999, Jurisprudence, pp. 10 à 12 ; et *Euredia*, 1999/1, pp. 65 à 71.

⁸⁷⁹ La formule est empruntée à M. le Professeur Pierre LALIVE, Tendances et méthodes en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1977, II, pp. 1 à 424, spécialement page 339.

⁸⁸⁰ Ce motif de cassation est curieusement absent de l'arrêt commenté ici, alors qu'il figurait en filigrane dans l'arrêt ayant sursis à statuer en 1995. *Op. et loc. cit.*.

⁸⁸¹ Il est observé que curieusement, la critique adressée initialement par Mme SOUSI à l'endroit de l'arrêt de la C.J.C.E. disparaît, à la faveur de celle, véhémente, qu'elle adresse à la Cour de cassation. De décevant et désolant, voire mal préparé, l'arrêt de la C.J.C.E. est considéré comme n'ayant pas failli à sa mission car les pistes de réflexions étaient clairement tracées... Voir SOUSI-ROUBI (B.), Note sous Cass. Com, 20 octobre 1998, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, *D.*, 1999, Jurisprudence, pp. 10 à 12 précitée, spécialement page 11.

⁸⁸² *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

préjudicielle, laquelle ne portait que sur l'agrément, et non pas sur la question de l'implantation obligatoire d'une succursale pour pouvoir exercer. En n'effectuant pas ce contrôle, la Cour de cassation a laissé un véritable boulevard à la critique et à la résistance des juges du fond. Cependant, il nous semble que le caractère indispensable peut être déduit, ici, de la carence des institutions communautaires, à l'époque des faits, à régler efficacement la protection de l'emprunteur, et plus précisément de l'absence de règles prudentielles harmonisées et de l'absence d'une réelle coopération internationale quant à l'activité considérée⁸⁸⁴. Ce peut être difficile à admettre, pour un communautariste... Mme SOUSI-ROUBI reproche encore à l'arrêt de ne pas avoir apprécié in concreto l'intérêt à défendre, alors que la C.J.C.E. l'invitait à le faire dans le corps de sa décision⁸⁸⁵, mais non dans son dispositif. L'on pourrait y souscrire, mais la question préjudicielle n'interdisait pas à la Cour de Justice de préciser expressément dans son dispositif qu'il fallait procéder à ce type d'appréciation, car la question était formulée, sur ce point, en termes généraux. Il reste que le fait que la Cour de cassation n'effectue pas les contrôles précités a nécessairement conduit à une vive réaction des juges du fond.

499. Arrêt S.C.I. Parodi c/ Banque H. Albert de Bary – résistance des juges du fond. La Cour d'appel de Paris a rendu sur renvoi consécutif à l'arrêt de la Cour de cassation précité un arrêt résistant à l'analyse fait par la Juridiction suprême, et qui se situe dans le sillage de bien d'autres décisions rendues dans le même sens⁸⁸⁶ postérieurement à l'arrêt de la chambre commerciale. Abondamment motivée⁸⁸⁷, la

⁸⁸³ Voir C.J.C.E. 9 juillet 1997 précité, point 31 : « sous réserve de la vérification de ce point par le juge national, force est de rappeler que si l'exigence d'un agrément constitue une restriction à la libre prestation de services, l'exigence d'un établissement stable est en fait la négation de cette liberté. [...] Pour qu'une telle exigence soit admise, il faut établir qu'elle constitue une condition indispensable pour atteindre l'objectif recherché ».

⁸⁸⁴ A cet égard, il est intéressant de se reporter au rapport de la Cour de Cassation pour 1998, dans lequel la Haute Juridiction soulève expressément ce problème : « selon la Cour de cassation, à une époque où les règles prudentielles n'étaient pas encore bien harmonisées, où les échanges n'étaient pas systématiques entre les autorités de contrôle, il était plus que prudent d'avoir sur place un fonds de commerce que l'on pouvait fermer dans l'heure à la demande de la Commission bancaire pour protéger les emprunteurs, déposants, et autres créanciers, bancaires ou non, résidant en France ». Voir en ce sens COUR DE CASSATION, *Rapport pour 1998*, la documentation française, pp. 238 à 239.

⁸⁸⁵ Voir même arrêt, point 29. Et voir pour ce grief SOUSI-ROUBI (B.), note précitée sous Cass. Com. 20 octobre 1998, *loc. cit.* Voir encore SIMON (D.), note sous C.A. PARIS, 1^{ère} chambre G., 14 juin 2000, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, *Europe*, novembre 2000, Commentaires, page 19.

⁸⁸⁶ Voir C.A. PARIS, 1^{ère} chambre G., 14 juin 2000, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, Notes SOUSI-ROUBI (B.), *in D.*, 2000, Commentaires, pp. 614 à 616, et *in Euredia*, 2000/2, pp. 249 à 257 ; Note SIMON (D.), *in Europe*, novembre 2000, Commentaires, page 19. Voir également C.A. MONTPELLIER, 22 mars 1999, Thomas c/ Caisse hypothécaire anversoise, non publié, cité par SIMON (D.), note précitée ; C.A. AIX EN PROVENCE, 30 juin 1999, 15^{ème} chambre, n° 712, cité par Mme SOUSI-ROUBI, note sous C.A. PARIS précitée.

⁸⁸⁷ Voir également en ce sens CABRILLAC (M.), note sous C.A. PARIS, 1^{ère} chambre G., 14 juin 2000, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, *R.T.D.Com.*, 2000, Chron. pp. 989 à 990.

décision conclut au rejet des prétentions de la S.C.I. après avoir effectué les contrôles que la Cour de cassation n'avait pas réalisés. A la vérité, la Cour de cassation, si elle avait à tout prix voulu faire prévaloir l'interprétation qui était la sienne, aurait été mieux inspirée en étant plus explicite quant à ces contrôles⁸⁸⁸.

500. La fin tronquée de l'affaire Parodi – conclusions. Il n'y aura pas d'arrêt de l'assemblée plénière⁸⁸⁹, dans la mesure où une ordonnance de rejet a été rendue par la Cour le 12 juin 2001⁸⁹⁰. Il reste malgré tout que dans cette affaire, le débat central s'articulait autour de la qualification de l'intérêt à sauvegarder, et de son rôle crucial pour justifier une négation de la liberté de prestation de services, et donc pour permettre de sanctionner une opération conclue à l'étranger. On notera que même si, pour les raisons que l'on sait, et que l'on comprend même si nous émettons quelques réserves⁸⁹¹, sa décision a été remise en cause, la Cour de cassation a annulé l'opération depuis l'origine, c'est-à-dire depuis sa conclusion à l'étranger, et non pas seulement pour les étapes qui se sont déroulées en France, c'est-à-dire la confirmation par acte authentique. Ce dernier point – la portée du phénomène d'attraction à l'étranger, n'a jamais été contesté. Il ne l'a pas été non plus dans une affaire rendue plus récemment⁸⁹² par la chambre commerciale de la Cour de cassation.

501. L'arrêt Mayade . L'arrêt Mayade⁸⁹³ est une décision très explicite sur ce sujet. La Banque demanderesse au pourvoi opposait une fin de non recevoir pour défaut d'intérêt à agir des consorts Mayade, au motif que les dispositions en cause ne visaient pas à protéger une partie faible. Cette opinion a été logiquement censurée par la Cour, et

⁸⁸⁸ A cet égard, M. le Professeur Michel CABRILLAC semble moins véhément que Mme SOUSI-ROUBI. Il ne considère comme susceptible d'être débattue que la mise en œuvre par la Cour de cassation du troisième élément que doit remplir l'agrément pour être acceptable au regard du droit communautaire – celui du contrôle de l'indispensabilité. Pour les deux autres éléments, cet éminent auteur précise que l'interprétation de la Cour de cassation « n'est pas discutable ». Voir CABRILLAC (M.), Note sous Cass. Com, 20 octobre 1998, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, et sous Cass. Com., 20 octobre 1998, Epoux Seyve c/ IPPA, *R.T.D.Com.*, 1999, pp. 166 à 168.

⁸⁸⁹ M. le Professeur Michel CABRILLAC attendait cet arrêt, voir note sous C.A. PARIS, 1^{ère} chambre G., 14 juin 2000, précité, *loc. cit.*, *in fine*.

⁸⁹⁰ Voir en ce sens SOUSI-ROUBI (B.), Affaire Parodi suite et fin : il n'y aura pas d'arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation Française, Note sous Cass. Ord. 12 juin 2001, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, *Euredia*, 2001/2002/2, pp. 371 à 374.

⁸⁹¹ Ce contentieux aurait peut-être été moins critiqué s'il avait été mené à l'instigation des autorités bancaires françaises. En l'espèce, le contentieux est né du chef de l'emprunteur. A moins de connaître les données factuelles du dossier, il nous sera donc difficile de dire si le prêt litigieux était en lui-même réellement une atteinte au consommateur et à sa faiblesse, ou bien si l'action en cause n'a été menée que parce que l'emprunteur s'est trouvé en situation financière délicate.

⁸⁹² Il est à noter que la longueur de la procédure ne facilite pas la lecture du dossier, y compris pour les juridictions saisies.

⁸⁹³ Voir *supra* n° 491, pour le texte de cet arrêt, et l'importance qu'il a accordée à la protection du consommateur comme justificatif de l'agrément.

c'est dans le but de protéger la partie faible qu'elle a conclu à l'annulation de l'opération litigieuse, laquelle avait été conclue par acte sous seing privé en Belgique, confirmée par acte authentique en France. De surcroît, la Cour s'est appuyée sur le fait que l'opération s'est réalisée en France pour annuler l'ensemble de l'opération, sans se cantonner à l'annulation du seul acte authentique.

502. Conclusion sur la prise en compte de l'intérêt bafoué. La référence à l'intérêt à protéger permet de connaître quels faits s'étant produits à l'étranger peuvent être attraités lorsque l'intérêt vise à la protection d'une partie faible. De ce qui précède, il résulte que l'intérêt de l'usager profane a pu permettre d'annuler des opérations s'étant déroulées à l'étranger. Dans les différents arrêts rendus par la Chambre commerciale ou la chambre criminelle de la Cour de cassation, les contrats ont été annulés dès leur origine et en leur entier. Ainsi en est-il des prêts hypothécaires, qui ont été annulés dès leur formation à l'étranger, c'est du moins l'analyse qu'a, indirectement, faite la Juridiction suprême. Il résulte également que cette notion d'intérêt crucial est assez difficile à cerner, le feuillet « Parodi » en est un exemple manifeste, et la joute prétorienne qui existe au sein même de la Cour de cassation en est une manifestation éclatante. En effet, la juridiction communautaire n'a pas exactement les mêmes appréhensions quant à ces intérêts que la Cour de cassation, l'Union européenne étant bâtie sur la notion de marché interne.

503. Conclusion sur le phénomène d'attraction . Pour synthétiser les propos précédents, on peut conclure que le point central du phénomène d'attraction réside bien dans une impérativité des dispositions pertinentes, que ce soit en droit civil, en droit administratif ou en droit pénal. Cette impérativité est spatialement délimitée, et découle du caractère crucial des intérêts protégés. Ces intérêts sont, sur le plan civil, de deux natures. Lorsqu'ils visent à la protection d'une partie faible, les faits attraités peuvent très bien s'être produits à l'étranger, et seront attraités par la disposition pertinente de police. A l'inverse, lorsque l'intérêt visé n'est que la sauvegarde d'intérêts étatiques bien compris, cette attraction ne pourra porter que sur les faits s'étant déroulés en France, par exemple. Dès lors, l'on perçoit bien la difficulté majeure : il faut, surtout lorsque les textes servent des intérêts mixtes, analyser au cas par cas, disposition par disposition, quel est l'intérêt effectivement et concrètement protégé, ce qui suppose une véritable démarche de qualification. Tâche délicate, d'autant que l'interprétation des juridictions peut constituer un facteur de complication, en aboutissant à une lecture différente des intérêts servis par un même texte selon le juge chargé de trancher le litige, le feuillet PARODI l'a démontré. En effet, le juge communautaire cherchera à faire prévaloir la notion communautaire de protection des consommateurs, qui peut différer de celle des juges nationaux. Sur le plan pénal, ces intérêts cruciaux seront liés non pas à des valeurs universellement reconnues par tout ordre juridique, mais à un contexte socio-économique donné qui aura dû répondre à une exigence particulière. Un autre facteur de complication de notre méthode tient au fait de savoir ce que l'on doit localiser : localiser l'atteinte à un intérêt suppose de situer dans l'espace un comportement préjudiciable ou fautif, selon les branches du droit intéressées. Mais de quel comportement s'agit-il ? Doit-on s'attacher à une opération isolée, ou bien doit-on adopter une vue plus générale, et s'intéresser à la notion d'activité ? Car après tout, c'est bien l'exercice – habituel – d'une activité sans agrément que les textes français et européens interdisent. Il faut donc se poser la question de savoir sur quel objet porte la méthode de localisation, le phénomène

d'attraction : sur l'activité ou seulement sur les opérations ? Les deux notions – activités et contrats – ne se recoupent pas, ce qui peut conduire à relativiser la portée du phénomène d'attraction.

Section 2. Relativisation du phénomène d'attraction

504. Problématique – l'influence de certaines conditions. Pour bien comprendre le problème posé dans le présent développement, il y a lieu de rappeler que les textes intéressant les monopoles bancaires et financiers, c'est-à-dire les textes français et communautaires, exigent presque tous une condition d'habitude⁸⁹⁴ pour pouvoir prétendre à la qualité d'établissement de crédit ou de prestataire de services d'investissement, et être susceptible de relever des dispositions de police mises en œuvre dans cette étude. La question se pose alors avec clarté, bien que les réponses à y apporter ne soient pas particulièrement aisées. Pour localiser l'atteinte aux intérêts servis par les dispositions de polices pertinentes comprises dans la loi bancaire, la loi M.A.F.⁸⁹⁵, doit-on s'intéresser à la survenance d'une seule opération, ou bien est-on contraint d'attendre la répétition des comportements pour que l'on puisse parler réellement d'atteintes aux intérêts préservés par les dispositions de police précitées ? Pour tenter d'apporter une réponse à ce problème, nous présenterons d'abord les distinctions opérées par les textes eux-mêmes, à partir desquelles il sera possible de déduire une différenciation des réponses apportées, en fonction des branches du droit intéressées – droit pénal, droit civil, droit administratif. Mais les textes ne suffisent pas à cette argumentation : une étude de la jurisprudence s'avère nécessaire.

§ - 1 L'incidence de la condition d'habitude sur l'objet de la localisation.

505. Présentation de la distinction. Les monopoles mis en place et étudiés ici intéressent le droit pénal parce que leur violation est assortie de sanctions pénales. Dans cette branche, nous montrerons qu'il n'est pas possible d'attirer indistinctement un contrat et l'activité. Et ce compte tenu du fait qu'il faut établir, préalablement à toute sanction pénale, l'existence d'une infraction. Nous rappellerons l'importance de l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege*. A l'analyse, nous verrons que la notion d'activité semble primer. Ils intéressent également la sauvegarde d'une profession, sa bonne organisation administrative. Dès lors, le but est de trier le bon grain de l'ivraie. Enfin, ils

⁸⁹⁴ Pour l'affirmation de la condition d'habitude dans les textes nationaux, voir les articles L.511-1, L.511-5 du code monétaire et financier pour les établissements de crédit ; voir les articles L.531-10 du même code pour les prestataires de services d'investissement. Pour les dispositions communautaires, voir l'article 1-2° de la D.S.I.. Ensuite, l'article 3 de la directive bancaire ne se réfère pas expressément au terme d'habitude, mais utilise un concept plus précis, et qui, à notre sens, est extrêmement empreint d'habitude. Ce texte prévoit en effet que : « *Les États membres interdisent aux personnes ou entreprises qui ne sont pas des établissements de crédit d'exercer, à titre professionnel, l'activité de réception de dépôts ou d'autres fonds remboursables du public* ». Dans le même sens, l'article 5 de la directive M.I.F. dispose que : « *chaque Etat membre exige que la fourniture de services d'investissement ou l'exercice d'activités d'investissement en tant qu'occupation ou activité habituelle à titre professionnel fasse l'objet d'un agrément...* »

⁸⁹⁵ Sous réserve que ces intérêts ne contreviennent pas aux intérêts servis par les dispositions communautaires.

intéressent le droit civil, car l'exercice irrégulier d'une activité tout comme la passation irrégulière d'un contrat peuvent ouvrir droit à réparation⁸⁹⁶ ou à rétablissement de la situation qui existait antérieurement au contrat. Le constat que nous dresserons sera mitigé, les deux notions d'activité et de contrat pouvant alors être attirées par le texte appliqué, mais pas indistinctement.

A) Irréductibilité sur le plan pénal

506. Nullum crimen, nulla poena sine lege – application aux monopoles bancaires et financiers. Cet adage bien connu trouve bien évidemment application pour notre propos⁸⁹⁷. En forme de diptyque, il signifie en substance que le juge ne peut relever d'infraction en dehors des textes légaux, et qu'il ne peut prononcer de peine sans que celle-ci n'ait été expressément et précisément prévue par la loi. Ce principe, encore appelé principe de la légalité criminelle, s'impose au juge, y compris lorsqu'il doit mettre en œuvre son pouvoir de sanction. Concernant les sanctions prévues par le droit pénal français, l'article 75 de la loi du 24 janvier 1984, modifié par l'article 99-I de la loi M.A.F. et devenu l'article L.571-3 du code monétaire et financier dispose : « le fait, pour toute personne physique, de méconnaître l'une des interdictions prescrites par les articles L.511-5 et L.511-8 est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende. Le tribunal peut ordonner l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du Code pénal ». Les personnes morales peuvent également être sanctionnées sur la base de l'article L.571-1 du code précité. Il y a deux types de monopoles bancaires, à savoir celui portant sur les opérations, et celui centré sur les dénominations. Les infractions liées au statut des établissements de crédit se distinguent donc en deux catégories. La première tient à l'exercice illégal de la profession de banquier, et la seconde est l'usage illégal de dénominations, encore appelée l'utilisation illicite d'expressions réservées. Or, nous avons montré que l'habitude doit être caractérisée pour établir le délit d'exercice illégal de la profession de banquier, sauf concernant la fourniture de dépôts à vue ou de moins de deux ans de terme⁸⁹⁸. Dès lors, la situation « attirée » devra tenir compte de la répétition d'opérations. S'agissant des monopoles financiers, il faudra, de surcroît, que cette répétition d'opérations se fasse dans le cadre d'une activité professionnelle. Cela étant, reste ouverte la question de savoir sur quelle zone doit-on constater ces opérations.

507. Territoire dans lequel doit se faire la répétition d'opérations pour établir

⁸⁹⁶ Pour une étude de la loi applicable en fonction du but poursuivi par l'action intentée, voir DOUCET (J.P.), La loi applicable à l'action civile, in *Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR, droit pénal – droit européen*, Gazette du Palais-Litec, Paris, 1992, pp. 103 à 120, spécialement pp. 89 à 99.

⁸⁹⁷ Sur cet adage, voir ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, Paris, 1999, n° 279 et 284. Voir également DELMAS SAINT-HILAIRE (J.P.), Les principes de la légalité des délits et des peines – Réflexions sur la notion de légalité en droit pénal, in *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre BOUZAT*, Paris, Pédone, 1980, pp. 149 à 165.

⁸⁹⁸ Le risque d'illiquidité justifie ce choix du législateur. Voir en ce sens CRÉDOT (F.J.), La nouvelle loi bancaire : commentaire de la loi n° 84-46 du 24 juillet 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, *A.L.D.*, 1984, pp. 65 à 77, spécialement page 68, et la note 30.

l'illicéité de l'activité et matérialiser l'infraction - enjeux de la question. L'enjeu du présent propos doit tout d'abord être rappelé. Supposons qu'une banque ayant son siège aux Etats-Unis fasse un nombre limité d'opérations en France, pays dans lequel cette banque n'a obtenu aucun agrément. Supposons également que ce nombre soit insuffisant pour caractériser en soi l'exercice habituel de la profession de banquier, seul susceptible de sanction sur le plan pénal. La banque ne développerait en effet qu'une activité occasionnelle. Supposons enfin que cette banque fasse d'autres opérations hors de France. Pour caractériser l'habitude, doit-on se référer aux seules opérations localisées en France ? Doit-on plutôt utiliser l'intégralité des opérations, y compris donc, celles localisées dans l'E.E.E., voire hors de l'E.E.E. ? Nous rappellerons, pour tenter de fonder une réponse que l'évidence pourrait éventuellement suggérer, la conception classique issue du droit pénal. Conception que nous combattons ensuite⁸⁹⁹. Elle nous semble en effet inadaptée aux activités réglementées que sont les activités bancaires et financières.

508. Territoire dans lequel doit se faire la répétition d'opérations pour établir l'illicéité de l'activité et matérialiser l'infraction – conception classique. Traditionnellement, en droit pénal, il est admis que pour être constituées, les infractions d'habitudes supposent au minimum deux actes identiques. Sur le plan international, il est soutenu que les textes pénaux – à savoir l'article 113-2 du Code Pénal et l'ancien article 693 du Code de procédure pénale permettent la localisation en France d'une telle infraction, dès lors qu'un seul acte a été accompli sur le territoire national, et sous réserve de prouver en France que d'autres actes ont été commis à l'étranger⁹⁰⁰. Cela s'appelle la divisibilité de l'élément matériel de l'infraction. Les Professeurs André HUET et Renée KOERING-JOULIN prennent l'exemple de l'exercice illégal de la médecine pour étayer leur propos⁹⁰¹. Cette solution semble adaptée pour ce délit, qui a pour objet de protéger les intérêts de personnes, lesquelles peuvent se déplacer, et être français à l'étranger. Or, rappelons qu'aux termes de l'article 113-7 du Code pénal, « la loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction ». La loi pénale française a donc toute compétence pour analyser des comportements s'étant produits à l'étranger. En ce qui concerne les monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissements, une telle position est nettement plus discutable. Elle n'est même pas tenable et doit être rejetée pour trois types de raisons. Les premières tiennent à l'inadéquation des textes pénaux en eux-mêmes ; les secondes tiennent aux doctrines avancées, selon lesquelles la localisation pourrait être fictive ; et les dernières tiennent au rôle particulier joué par l'habitude dans l'exercice des activités étudiées.

⁸⁹⁹ Voir, pour le domaine des activités de bourse, la même démarche menée par le Doyen STOUFFLET, *in* STOUFFLET (J.), *Jurisl. Int.*, Fasc. 566-30, Bourses et opérations de bourse, n° 13 et suivants.

⁹⁰⁰ Voir en ce sens, parmi une doctrine très fournie, KOERING-JOULIN (R.) et HUET (A.), *Jurisl. Int.*, Fasc. 403-10, Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française, introduction générale, infractions commises en France, n° 59 ; DESPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.), *Droit pénal général*, coll. Corpus droit privé, 9^{ème} éd., Economica, Paris, 2002, n° 392.

⁹⁰¹ Voir KOERING-JOULIN (R.) et HUET (A.), *op. et loc. cit.*

509. Rejet de l'analyse classique concernant les monopoles bancaires et financiers – inadéquation des textes pénaux. D'abord, l'article 113-7 aura difficilement vocation à s'appliquer, compte tenu du fait que l'octroi d'un prêt sans disposer de l'agrément pour le faire ne fait pas nécessairement de victime. De plus, il semble pour le moins étonnant que ce soit la seule réalisation d'une simple opération occasionnelle en France et qui n'emporte pas à elle seule l'exercice d'une activité au regard des textes français qui donne le droit d'analyser, toujours au regard du droit français, des comportements qui n'en aurait jamais relevé à défaut de cette opération ponctuelle. Il y a donc une tentative de « vampirisation » par le droit pénal, qui ne nous semble pas justifiée par la nature des intérêts à défendre. En effet ceux-ci ne sont pas attachés à la personne de la victime – à l'inverse de l'intégrité physique concernant l'exercice illégal de la médecine. Ils sont attachés à la supériorité des intérêts de la Nation⁹⁰². L'on pourrait alors songer à appliquer l'article 113-10⁹⁰³ du Code pénal, aux termes duquel « la loi pénale française s'applique aux crimes et délits qualifiés d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation et réprimés par le titre 1^{er} du livre IV, à la falsification et à la contrefaçon du sceau de l'Etat, de pièces de monnaie, de billets de banque ou d'effets publics réprimés par les articles 442-1, 443-1 et 444-1 et à tout crime ou délit contre les agents ou les locaux diplomatiques et consulaires français, commis hors du territoire de la République ». Cependant, les sanctions pénales affectant les monopoles bancaires et financiers ne sauraient faire partie des crimes et délits visés par l'article précité, car la liste qu'il prévoit est limitative – en l'absence de l'adverbe notamment – et ne renvoie qu'à des infractions définies par le Code pénal. Précisons que les infractions comprises dans le titre 1^{er} du livre IV du code pénal sont la trahison, l'espionnage... Ceci n'a absolument pas de rapport avec la répression des infractions commises à l'encontre des monopoles professionnels. Et l'on sait que les sanctions pénales affectant les monopoles professionnels analysés relèvent du code monétaire et financier.

510. Rejet de l'analyse classique concernant les monopoles bancaires et financiers –rejet du concept de localisation fictive. De plus, pour rejeter l'analyse pénaliste traditionnelle de la localisation des infractions d'habitude, il y a lieu de préciser que les auteurs justifient leur position de la manière suivante : exiger que deux actes aient été réalisés en France pour que les lois et les tribunaux français soient compétents aboutirait en effet à exiger une localisation réelle en France, là où les textes précités se contentent d'une localisation fictive⁹⁰⁴. La notion de localisation fictive paraît assez curieuse à circonscrire, dans la mesure où localiser un événement dans l'espace revient à rattacher objectivement l'événement et le territoire. Par conséquent, il résulte de ce simple rappel que le concept de localisation est fondé sur des éléments réels, et est un concept binaire. Soit les éléments se trouvent réellement sur le territoire, soit ils ne s'y trouvent

⁹⁰² *Ibidem*, *Op. cit.*, n° 23.

⁹⁰³ Voir HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.), *Jurisl. Int.*, Fasc. 403-20, Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française, infractions commises à l'étranger, n° 67 à 70.

⁹⁰⁴ Voir en ce sens KOERING-JOULIN (R.) et HUET (A.), *op. et loc. cit.* ; voir également LEVASSEUR (G.), *Cours de droit pénal général complémentaire*, 1960, page 125.

pas. Et lorsqu'un texte exige, pour s'appliquer, au moins deux opérations, il est logique que celles-ci aient effectivement lieu sur le territoire en question, dès lors qu'aucun critère personnel ne doit s'appliquer ici. Nous ajouterons même que si la condition classique devait être maintenue, elle aboutirait à une discrimination. En effet, les établissements de crédit implantés uniquement en France pourraient réaliser, de manière occasionnelle, des opérations pour lesquelles ils n'ont pas reçu d'agrément sans encourir de sanctions pénales, alors que l'établissement étranger qui réaliserait occasionnellement en France une opération de crédit s'exposerait à la sanction pénale du seul fait qu'habituellement, il exerce la profession de banquier à l'étranger... Ce dernier point trouve d'ailleurs un prolongement efficace en droit communautaire.

511. Rejet de l'analyse classique concernant les monopoles bancaires et financiers – influence indirecte du droit communautaire. L'on pourrait également se demander si la reconnaissance mutuelle ne peut pas jouer un rôle quant à la détermination du territoire dans lequel les opérations doivent être comptabilisées pour justifier d'une activité habituelle. A notre sens, il n'en est rien, pour deux raisons. La première tient à la portée de la reconnaissance mutuelle, et la seconde procède de l'application du principe de non discrimination. Selon nous, tout d'abord, la reconnaissance mutuelle n'autorise pas les juridictions pénales françaises à sanctionner une opération faite en Allemagne. Elle permet aux autorités de contrôle françaises d'exercer leur surveillance à travers le territoire de l'Union, et par extension celui de l'E.E.E.. Nous observerons en effet que la reconnaissance mutuelle porte sur les agréments et les moyens de contrôle, en aucun cas, elle ne porte sur le pouvoir de constater des infractions, ni sur celui d'infliger des sanctions pénales⁹⁰⁵. Ensuite, nous venons de montrer qu'appliquer purement et simplement la position pénaliste classique aboutirait à opérer une véritable discrimination. Les établissements français pourraient avoir une activité occasionnelle en France, laquelle serait impossible à un établissement qui exercerait par ailleurs son activité dans un autre Etat membre. Il faut bien comprendre que l'établissement de crédit ou le prestataire de services d'investissement dont le siège social est situé en Allemagne ne pourrait déployer une seule activité en France sans être agréé dans son Etat d'origine pour ce faire, car il risquerait une sanction pénale. Et parallèlement, l'entreprise française qui développerait une activité en France se trouverait avantagée puisqu'une activité occasionnelle lui serait permise, sans qu'il n'encoure une quelconque sanction pénale. Il y aurait donc une regrettable distorsion de concurrence. C'est donc dire que le droit communautaire risque fort de fulminer une telle position. Mais à notre sens, c'est sur le terrain des mesures à effet équivalent à une restriction quantitative qu'il se placera pour le faire, plutôt que sur celui de l'entrave à la liberté d'établissement ou de prestation de services. La mesure pourrait, en l'occurrence, résulter de l'application combinée de l'article 113-2 du code pénal et de l'article L.511.5 du Code monétaire et financier. Si notre observation devait donner lieu à des suites concrètes, il en résulterait une action du droit communautaire sur le droit pénal interne, que M. le Professeur Bernard BOULOC a pu qualifier d'influence indirecte du droit communautaire sur la norme interne d'incrimination⁹⁰⁶.

⁹⁰⁵ La directive 2000/12, dite directive bancaire, limite en effet, dans les nombreux considérants qu'elle contient, la portée de la reconnaissance mutuelle aux agréments et aux procédures de contrôle. Voir en ce sens nos développements *infra* n°579.

512. Rejet de l'analyse classique concernant les monopoles bancaires et financiers – rôle particulier de l'habitude. Sur le plan pénal, rappelons qu'une infraction est dite d'habitude lorsque deux actes identiques au moins sont nécessaires pour en caractériser l'élément matériel⁹⁰⁷. C'est donc dire qu'en droit pénal, l'habitude sert à caractériser l'infraction, qualifier un comportement comme délictueux. Ce même comportement, à défaut d'habitude, ne serait pas passible de sanctions⁹⁰⁸. Ainsi envisagée, la répétition vise à distinguer l'infraction d'habitude de l'infraction instantanée dont on sait qu'elle est constituée par une action ou une omission unique et isolée⁹⁰⁹. En droit bancaire ou financier, l'habitude ne sert pas cet objectif : elle qualifie une activité, pour la distinguer de l'activité dite occasionnelle, laquelle est permise. Et ce indépendamment, et même avant que de s'interroger sur le caractère délictueux de cette activité. C'est donc davantage comme condition préalable à l'infraction que l'habitude intervient. Nous aurons l'occasion de montrer toute l'importance de cette qualification, même si le droit pénal actuel assimile la condition préalable à un des éléments constitutifs de l'infraction.

513. L'habitude est absente des éléments caractéristiques du délit d'utilisation illicite d'expressions réservées. La condition d'habitude n'est pas prévue par les textes en cause. Dès lors, un seul usage d'une appellation réservée, ou une seule opération tendant à créer une confusion dans l'esprit du public suffira à constituer l'infraction, et à justifier la sanction. Dès lors, le phénomène d'attraction que nous avons évoqué pourra s'appliquer sans qu'une répétition de comportements ne soit exigée.

514. Détermination du territoire d'appréciation de l'habitude : l'application de l'adage « Poenalia sunt restringenda »⁹¹⁰. Ce principe, dit de l'interprétation restrictive de la loi pénale, nous permet d'asseoir notre analyse quant au fait que sans respect de la condition d'habitude, dès lors que celle-ci est prévue par les textes, il ne peut y avoir constitution de l'infraction. Or, si elle est prévue par les textes, c'est en vue de satisfaire des objectifs que les rédacteurs du texte s'étaient fixés, au vu d'un contexte précis. Par conséquent, aucune atteinte à l'intérêt de l'ordre socio-économique ayant sécrété la sanction ne peut être matérialisée si une répétition de contrats n'est pas localisée dans le territoire qui sert d'assise à cet ordre juridique. Qui plus est, concernant la fourniture de

⁹⁰⁶ Voir BOULOC (B.), L'influence du droit communautaire sur le droit pénal, in *Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR, droit pénal – droit européen*, Gazette du Palais-Litec, Paris, 1992, pp. 103 à 120, spécialement pp. 110 à 114.

⁹⁰⁷ Deux actes seulement suffisent pour qu'il y ait habitude (Cass. crim., 27 févr. 1864 : S. 1864, 1, p. 341. – 24 mars 1944 : DA 1944, p. 75), mais – et la précision est d'importance – les juges du fond ne sont pas obligés de reconnaître l'existence de l'habitude lorsque deux faits sont établis (Cass. crim., 21 oct. 1841 : S. 1842, 1, p. 904). Voir en ce sens JEANDIDIER (W.), *Juriscl. Pénal*, article 111-1, Classification des infractions, n° 101. Voir également DEUMIER (P.), *Le droit spontané*, Thèse, Economica, coll. Recherches Juridiques, Paris, 2002, spécialement page 61.

⁹⁰⁸ Voir JEANDIDIER (W.), *Op. cit.*, n° 100.

⁹⁰⁹ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*

⁹¹⁰ Sur la portée de cet adage, voir ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Locutions latines du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, Paris, 1998.

services financiers, cette répétition d'opérations, condition nécessaire à caractériser l'infraction, devra être doublée d'un exercice réalisé dans le cadre d'une profession. Cette interprétation stricte tient au fait que les sanctions prononcées peuvent revêtir un caractère infamant. Il convient de vérifier ce qu'il en est à propos des sanctions administratives. Et c'est ce principe d'interprétation restrictive qui nous conduit à affirmer que la répétition des opérations doit avoir lieu à l'intérieur même des limites territoriales de l'ordre juridique que le texte cherche à protéger.

B) La condition d'habitude appréciée par le droit administratif

515. Présentation. La seconde particularité des dispositions que nous étudions est que leur violation est soumise à la sanction administrative, parce que l'exercice des professions en cause est soumis au contrôle d'une autorité administrative. L'exigence de transparence ne consiste pas simplement à donner une habilitation au vu de conditions respectées à un instant donné, mais également à s'assurer que chaque professionnel respectera ces conditions tout au long du laps de temps pendant lequel il exercera. Ce contrôle administratif a pour objet d'assurer que les secteurs bancaire et financier, et les professionnels qui les composent, se développent de façon saine. Dès lors, il ne s'agit plus simplement de sanctionner, mais de veiller au redressement d'établissements en difficultés, voire d'empêcher que les établissements de crédit ou les prestataires de services d'investissement ne se jettent au devant de difficultés⁹¹¹. Les motivations des sanctions administratives sont donc quelque peu distinctes de celles des sanctions pénales. On peut se demander comment les textes relatifs à ces sanctions administratives prévoient le renvoi à la condition d'habitude.

516. Sanctions prévues pour les monopoles bancaires. L'article 45 de la loi bancaire, devenu l'article L.613-21 du code monétaire et financier, prévoit la liste des sanctions administratives susceptibles d'être prononcées par la Commission bancaire. L'architecture de ce texte fait qu'il opère par renvoi tacite aux interdictions posées par les articles L.511-5 et L.511-8 du même code. En effet, aux termes de l'article L.613-21, la commission bancaire peut prononcer un certain nombre de sanctions – allant de l'avertissement à la radiation de l'établissement de crédit ou de l'entreprise d'investissement⁹¹² – si un établissement de crédit a « enfreint une disposition législative ou réglementaire afférente à son activité [...] ou « n'a pas respecté les conditions particulières posées ou les engagements pris »⁹¹³ à l'occasion d'une demande d'agrément ou d'une autorisation de dérogation... » La formule est très large, et n'exclut absolument pas les articles L.511-5 et L.511-8 précités. L'interdiction contenue dans ces deux textes prend alors une coloration de disposition administrative. En effet, selon

⁹¹¹ Voir en ce sens FERNANDEZ-BOLLO (É.), *Juriscl. Banque et crédit*, Fasc. 60, Structures, réglementation et contrôle public des professions bancaires, réglementation et contrôle, n° 118, *in fine*.

⁹¹² Voir à ce sujet LADOUCE (F.), Du non-usage par le C.E.C.E.I. du retrait d'office de l'agrément bancaire, *R.D.B.F.*, 2003, pp. 186 à 192. Voir également en sens inverse PARLEANI (G.), Le risque de vigilance excessive des autorités de contrôle, *R.D.B.F.*, 2002, pp. 373 à 376.

⁹¹³ Ce rajout a été opéré par la loi N.R.E. du 15 mai 2001.

GOLDMAN : « la loi est administrative quand elle définit les rapports entre les particuliers et l'administration, et fixe les procédures et mesures qui permettent à celle-ci d'imposer l'observation des lois qu'elle a charge d'appliquer⁹¹⁴ ». Et il est exact que les dispositions de la loi bancaire définissent les rapports entre les établissements de crédit et les autorités administratives qui sont chargées de veiller à l'application des textes précités. Mais son changement d'objectifs n'altère en rien le fait que la condition d'habitude est exigée par un certain nombre des interdictions prévues par l'article L.511-5, ce texte n'étant pas modifié pour l'occasion. Cet article attirera donc à lui uniquement une répétition d'opérations, et pas seulement un contrat pris isolément, dans tous les cas où cette habitude ressort du texte, c'est-à-dire à l'exception des opérations de dépôts à vue ou à moins de deux ans de terme.

517. Sanctions prévues pour les monopoles financiers. De son côté, la loi M.A.F. contient des dispositions qui établissent les sanctions administratives applicables en cas de non respects des monopoles des négociations et des cessions, ainsi que celles relatives aux monopoles des prestations sur les services financiers. En effet, deux autorités sont chargées de contrôler les activités développées par les prestataires de services d'investissement. Il s'agit du Conseil des Marchés Financiers – le C.M.F. – et de la Commission des Opérations de Bourse – la C.O.B., et aujourd'hui de l'A.M.F.. Les textes établissant ce pouvoir de contrôle résultent des articles 67 et suivants de la loi du 2 juillet 1996 pour le C.M.F., et des articles 70 et suivants de cette loi pour la C.O.B.⁹¹⁵. Il est à noter que l'article L.622-16 du code monétaire et financier prévoit que le Conseil des Marchés financiers peut sanctionner un prestataire de services d'investissements, un membre d'un marché réglementé, une entreprise de marché ou une chambre de compensation « à raison des manquements à leurs obligations professionnelles, définies par les lois et règlements en vigueur ». Le paragraphe III de ce texte énumère les sanctions applicables, qui sont exactement de la même nature que celles envisagées en cas de violation du monopole bancaire (avertissement, blâme, interdiction à titre temporaire ou définitif, suspension ou retrait de l'agrément), étant précisé que des sanctions pécuniaires peuvent être prises en sus ou à la place des sanctions précédentes. La généralité des termes du renvoi aux « obligations professionnelles définies par les lois et les règlements en vigueur » peut laisser penser que des sanctions administratives pourraient éventuellement – nous pensons aux sanctions financières – frapper l'établissement qui exerce une activité sans être agréé pour ce faire, parce qu'à notre sens, les obligations professionnelles supposent d'être dûment agréé. Par conséquent, pour mettre en œuvre les sanctions administratives, il faudra là encore

⁹¹⁴ Voir GOLDMAN (B.), Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence, *R.C.A.D.I.*, 1969, III, Vol. 129, pp. 631 à 730, spécialement page 641.

⁹¹⁵ Ces textes ont été éclatés sous les articles L.621-22, L.621-23, L.621-24, L.621-25, L.621-26, L.621-27, L.621-31, L.621-7, L.622-9, L.622-10, L.622-11, L.622-12, L.622-15, L.622-16, L.622-17, L.622-18, L.622-19, L.631-1, L.642-5, L.642-7 du code monétaire et financier, par le jeu de l'ordonnance 2000-1223 du 14 Décembre 2000, J.O.R.F. du 16 décembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001. Pour une étude de la loi M.A.F. sous l'angle des autorités de contrôle instituées, voir LEROY (Ch.), L'organisation et le fonctionnement des marchés financiers aux dimensions de l'Europe, commentaire de la loi du 2 juillet 1996 sur la modernisation des activités financières, *Droit administratif*, décembre 1996, pp. 6 à 10, et janvier 1997, pp. 6 à 10.

procéder par renvoi aux dispositions mettant les monopoles en place, pour apprécier s'il faut tenir compte de l'habitude ou non. Reste que, à l'instar de ce que nous avons montré sur le plan pénal, il faut étudier le territoire sur lequel les opérations doivent être constatées pour entraîner la sanction administrative. Nous oserons préciser que le droit communautaire est susceptible d'apporter une réponse à ce problème.

518. Territoire d'appréciation de la répétition des opérations dans le cadre d'une sanction administrative. L'enjeu sera exactement le même que celui que nous avons mis en exergue quant à la fulmination d'une sanction pénale, et l'exemple que nous avons proposé peut être repris. Cependant, l'argumentaire que nous avons développé sur le plan pénal ne peut être intégralement reconduit ici, car les sanctions administratives ne sont pas soumises aux dispositions des articles 113-2 et suivants du Code pénal. En revanche, nous pouvons affirmer que là encore, les autorités françaises ne pourront pas prendre en considération les opérations effectuées à l'étranger pour deux raisons. La première est qu'en dehors de l'Espace économique européen, les autorités françaises n'ont aucune compétence pour contrôler et établir la preuve d'opérations étrangères. La seconde raison tient au fait qu'une banque ayant son siège en Allemagne, et qui réaliserait une activité principale à l'étranger et quelques opérations en France, encourrait automatiquement la sanction dès la première opération faite en France. Ceci la placerait dans une situation discriminatoire au regard des banques françaises, exerçant en France. Cette situation ne saurait être tolérée au regard du droit communautaire. Enfin, si nous prenions l'exemple d'une banque dont le siège est aux Etats-Unis, il reviendrait, à notre sens, aux accords de Marrakech, et particulièrement l'A.G.C.S., de sanctionner cette mesure discriminatoire.

C) Distinction sur le plan civil

519. Dualité d'objectifs des sanctions. Cette question a connu un certain nombre d'évolutions, que nous évoquerons dans notre analyse de la jurisprudence. Pour l'heure, il nous suffit de rappeler que la violation d'un monopole professionnel représente, certes, une atteinte à l'ordre socio-économique pris en son entier, tout au moins tel qu'il est entendu sur le territoire français. Mais elle représente également une atteinte aux droits du cocontractant du prestataire. En effet, si un particulier ou une entreprise manifeste, à un moment donné, un besoin de financement ou désire effectuer un placement, par exemple, il doit trouver face à lui un prestataire capable de lui fournir la prestation attendue, et présentant toutes les garanties nécessaires de fiabilité, de solvabilité. Dès lors, un prestataire qui opérerait sans agrément ne peut assurer une parfaite transparence à l'égard de son cocontractant. Il faut par conséquent s'interroger sur les conséquences civiles de l'atteinte aux monopoles professionnels applicables aux secteurs bancaires et financiers. A notre sens, ces conséquences sont de deux natures : elles opèrent à l'égard de la personne même du cocontractant d'une part, et à l'égard du ou des contrats d'autre part. Tout dépend, en effet, de la question de savoir si l'action civile – c'est-à-dire initiée devant les juridictions civiles – a été initiée en vue d'obtenir des dommages et intérêts ou pour annuler certaines opérations réalisées en contravention avec les monopoles professionnels traités.

1) La portée de l'attraction en cas d'indemnisation d'un préjudice

520. Silence des textes bancaires. Les dispositions de la loi bancaire n'avaient pas, à l'origine, prévu quoi que ce soit quant aux suites civiles à donner à une éventuelle violation des monopoles bancaires⁹¹⁶. Et pour cause : MM. les Professeurs Michel CABRILLAC et Bernard TEYSSIÉ remarquaient que la loi bancaire n'était pas intervenue dans le domaine des rapports entre professionnels de la banque et du crédit et usagers⁹¹⁷, sauf, nous disent-ils, « par quelques touches sporadiques »⁹¹⁸. Le législateur s'est en effet borné à reprendre « les interdictions antérieures et bien connues »⁹¹⁹. Il est donc difficile, à la lecture des seuls textes, de comprendre comment le législateur envisageait d'appliquer cette condition d'habitude. L'on devra se reporter à la jurisprudence pour ce faire⁹²⁰. Mais il y a cependant lieu, préalablement, d'exprimer ici les raisons fondamentales pour lesquelles la condition d'habitude peut être d'application malaisée lorsque l'action civile est mise en œuvre en vue d'obtenir des dommages et intérêts, après avoir évoqué le contenu des textes financiers sur cette question.

521. Les textes financiers. Après les hésitations jurisprudentielles que nous évoquerons ultérieurement, la loi M.A.F. intervenue douze ans après la loi bancaire, a tiré les leçons du passé⁹²¹. En effet, l'article L.421-6 du Code monétaire et financier prévoit expressément, en cas de violation du monopole des négociations et des cessions, que les opérations ainsi passées sont nulles⁹²². L'on peut y voir l'admission explicite d'une

⁹¹⁶ Voir en ce sens PELTIER (F.) et FERNANDEZ-BOLLO (É.), *Juriscl. Banque et crédit*, Fasc. 50, Structures, réglementation, et contrôle public des professions bancaires, Structures et conditions d'accès, spécialement n° 34.

⁹¹⁷ Voir CABRILLAC (M.) et TEYSSIÉ (B.), Chronique de législation et de jurisprudence française, *R.T.D.Com.*, 1984, pp. 307 à 313, spécialement page 308.

⁹¹⁸ Il est vrai qu'une partie de la loi bancaire visait à améliorer les relations entre les établissements de crédit et leur clientèle. Voir dans ce domaine GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), La loi bancaire du 24 janvier 1984, *J.C.P. éd. G.*, 1985, I, 3176, spécialement n° 30. Cependant, il n'est pas question, dans ces textes, de prévoir quoi que ce soit à propos des sanctions civiles consécutives à la violation des interdits. Sur ce point, les mêmes auteurs qualifiaient le projet de loi de « timide ». Voir GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), Le projet de loi bancaire réformant les législations de 1941 et 1945, *P.A.*, 1983, n° 129, pp. 6 à 27, spécialement n° 11.

⁹¹⁹ Voir BOUZAT (P.), Chronique de législation et de jurisprudence française, *R.T.D.Com.*, 1985, pp. 189 à 192, spécialement page 189.

⁹²⁰ Voir nos développements, *infra* n° 525 et suivants.

⁹²¹ La doctrine semble avoir assez peu évoqué ce problème. Ainsi, Mme PÉZARD le passe sous silence. Voir PÉZARD (A.), La modernisation des activités financières en Europe, *P.A.*, 1996, n° 122, pp. 11 à 20 ; voir également GERMAIN (M.) et NOURY (M.A.), La loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, *J.C.P. éd. G.*, 1997, Doctr., pp. 217 à 224 ; voir encore MERKIN (C.) et SAINT MARS (B. de), Projet de loi de modernisation des activités financières, *R.D.B.B.*, 1996, n° 53, pp. 4 à 7.

⁹²² Voir sur ce point BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (F.), *Droit des marchés financiers*, Economica, Paris, 2001, page 509, n° 638.

transposition aux monopoles financiers des solutions jurisprudentielles dégagées relativement aux monopoles bancaires. Partant de là, il est tout à fait possible, à l'analyse de l'article L.421-6, de soutenir que l'habitude n'est absolument pas exigée pour entraîner la nullité des négociations et des cessions qui contreviendraient aux dispositions de cet article. En effet, le monopole des négociations et des cessions résulte de la nature des opérations sur instruments cotés, et non pas du statut de prestataire habilité⁹²³. Cela signifie que c'est chacune des opérations passées qui sera atraite par le texte. A côté de ce monopole existe celui portant sur les services d'investissements. Sur ce point, les constatations que nous avons faites à propos des monopoles bancaires se vérifient, puisque les sanctions civiles ne sont pas prévues par les textes.

522. Compatibilité difficile de l'habitude avec le succès de l'action civile aux fins d'indemnisation. Exiger à tout prix le respect de la condition d'habitude afin de donner à l'action civile intentée par un emprunteur ou une personne ayant recouru aux bons offices d'un prestataire non agréé peut conduire, à notre sens, à l'absence de sanctions civiles. En effet, cela peut revenir à exiger du plaignant qu'il ait contracté plusieurs fois avec le prestataire qu'il attaque. Il s'ensuit donc que si exigence d'habitude il doit y avoir, cette condition ne peut être appréciée qu'eu égard au comportement général dudit prestataire, erga omnes, et non pas inter partes. C'est dire que la juridiction saisie ne pourra se borner à apprécier la condition d'habitude uniquement en fonction du rapport contractuel existant entre le client mécontent et le prestataire non agréé.

523. Conséquences théoriques sur la portée de l'attraction. Si la condition d'habitude doit être appréciée de manière spéciale, il n'en demeure pas moins qu'elle continue à être exigée par les textes qui en font état. Dès lors, a priori, et si l'on interprète strictement les textes étudiés, la portée du phénomène d'attraction des situations devrait se faire non pas uniquement en fonction des seules opérations concernant le plaignant, mais plutôt en fonction de leur répétition, constitutive de l'activité irrégulière. En fait, il semble que l'on puisse tempérer cette analyse. En effet, l'on se place ici sur le terrain du fait générateur de la responsabilité du prestataire : s'agit-il du contrat incriminé, ou plus largement de l'activité déployée hors agrément ? A notre sens, à l'égard du demandeur en dommages et intérêts, il y a lieu de considérer qu'il s'agit là d'une question de fait, à l'appréciation souveraine des juges du fond. Si l'exercice répété a pu induire un quelconque préjudice, alors le texte attirera à lui l'intégralité de cet exercice. En revanche, si un seul contrat formé et exécuté sans agrément, ou hors du domaine couvert par l'agrément dont le prestataire est titulaire, a occasionné un préjudice, il est probable que le juge se bornera à localiser seulement ce contrat, tout en établissant également lorsque les textes l'exigent que ce contrat a pu être passé dans le cadre d'une activité professionnelle et surtout habituelle. Dès lors, le texte n'attirera à lui que le contrat litigieux. Les données semblent être quelque peu différentes lorsque l'action civile tend à annuler une opération.

2) La portée de l'attraction en cas d'annulation d'une opération

524. Silence des textes sur les conséquences civiles. Comme précédemment, il doit

⁹²³ *Ibidem*, page 315, n° 384.

être observé que les textes relatifs aux monopoles bancaires et financiers sont muets sur les conséquences civiles de la violation des interdictions qu'ils édictent, en ce compris, par conséquent, le cas de l'annulation d'une opération déterminée. Là encore, il est revenu à la jurisprudence de trancher, peut-être involontairement, ce problème. Nous l'évoquerons, mais pour l'instant, nous pouvons tenter de montrer pourquoi le respect de la condition d'habitude peut paraître inadapté lorsque les demandes tendent à l'annulation d'un contrat.

525. La quadrature du cercle en cas d'atteinte aux monopoles portant sur les opérations. A notre sens, exiger le respect de la condition d'habitude pour annuler une seule opération aboutit à l'introduction artificielle d'un effet de seuil de succès de l'action civile, car il serait nécessaire, pour aboutir, que le prestataire qui conclut un contrat sans être agréé ait répété ce comportement. Or, à notre sens, la portée de l'interdiction sur les conventions passées au mépris des monopoles professionnels, bien que non précisées par les textes, tient à quelques simples rappels de droit des contrats. Le contrat – et donc chacun d'entre eux en cas de répétition – doit avoir une cause licite, selon les dispositions de l'article 1108 du code civil. Or, la cause est l'une des conditions de formation du contrat. En droit français, le non respect de l'une des conditions de formation d'un contrat est sanctionné par la nullité dudit contrat, et c'est ce qui résulte, concernant la cause, des dispositions de l'article 1131 du code civil. De plus, il nous semble qu'un contrat passé au mépris d'une interdiction légale est motivé par une cause illicite, par application des dispositions de l'article 1133 du code civil : « la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi ». Or, en l'espèce – et supposons la condition d'habitude remplie – le contrat serait motivé par l'exercice illégal de la profession de banquier, ou de prestataire de services d'investissement, comportements sanctionnés pénalement⁹²⁴. Il n'y aura donc pas lieu d'évoquer, pour l'annuler, les autres contrats éventuellement conclus avec d'autres clients : la cause doit être appréciée convention par convention. Il ne saurait être objecté au présent raisonnement que l'on devrait plutôt raisonner en termes de capacité du prestataire à contracter : nous avons vu que l'interdiction et l'incapacité étaient deux notions bien distinctes, exclusives l'une de l'autre, et que la notion d'incapacité n'était pas applicable aux restrictions étudiées. Il ne saurait également être objecté que nous allons un peu vite en besogne pour appliquer le droit français des contrats, indépendamment de la localisation de celui-ci : depuis le début de notre raisonnement, nous avons admis que le critère permettant la localisation de la situation dans l'espace était déterminé, et compris dans la zone d'impérativité des textes français régissant les monopoles étudiés.

526. Conséquences théoriques sur la portée de l'attraction. De ce qui précède, il semble possible de conclure que le phénomène d'attraction ne visera pas l'exercice de l'activité en lui-même, supposant la répétition dans la plupart des cas, mais bien le contrat – et uniquement lui – dont l'annulation est sollicitée en justice. En revanche, nous avons vu que le monopole des dénominations n'était pas soumis au respect de la condition d'habitude. Cela veut dire que les raisonnements évoqués ici ne le concernent pas, et que l'attraction ne pourra se faire que sur le seul contrat pris en lui-même s'il a été conclu⁹²⁵,

⁹²⁴ Pour une assimilation à une cause illicite lorsque des contrats permettent l'exercice illégal d'une profession, voir Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juillet 1989, *Bull. civ.*, I, n° 293, page 294, *J.C.P. éd. G.*, 1990, II, 21546, note DAGORNE-LABBÉ (Y.) ; voir Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 1996, *R.T.D.Civ.*, 1997, 116, obs. MESTRE (J.), *Cont. Conc. Consomm.*, 1996, 166, note LEVENEUR (L.).

sans que soit prise en compte, à quelque titre que ce soit, la répétition ou non de ces opérations irrégulières. Nous verrons que la jurisprudence a pu composer avec la condition d'habitude et les conséquences civiles d'un contrat qui aurait été passé au mépris des monopoles professionnels.

§ - 2 La mise en œuvre de cette condition dans la localisation des atteintes : les variations jurisprudentielles

527. Intérêt et distinction. L'œuvre prétorienne est capitale, concernant notre propos, car elle nous permet d'apprécier le caractère total ou partiel de l'attraction des contrats conclus par les textes pertinents. Ce caractère total ou partiel s'apprécie d'abord quant à la répétition ou non des opérations, et ensuite quant à la nature des éléments du contrat attirés : s'agit-il des seules conséquences qui se manifestent sur le territoire national, ou plus exactement la zone d'impérativité du texte, ou s'agit-il de l'ensemble du contrat ? Pour vérifier si la condition d'habitude ou de profession doit être retenue par le mécanisme d'attraction, nous analyserons ce qu'a pu déduire la jurisprudence. Sur la base de l'étude de cette source, nous pourrions formuler nos constats. La distinction majeure que l'on peut faire s'articule en fonction de la branche du droit appliquée. La jurisprudence commerciale de la Cour de cassation semblait s'être affranchie de la condition d'habitude, jusqu'à ce que certaines décisions puissent nous permettre de conclure le contraire ; alors que la jurisprudence pénale semble avoir toujours conservé cette condition, enserrée qu'elle est dans le principe de l'interprétation restrictive de la loi pénale dont nous avons déjà mentionné l'importance. Elle semble cependant l'apprécier de manière plus restrictive encore que la définition traditionnelle avancée en droit pénal, qui estime qu'il y a habitude dès lors que deux comportements semblables sont intervenus. En d'autres matières, la condition d'habitude a déjà pu servir à fonder certaines décisions.

528. Décisions acceptant la condition d'habitude – autres matières. La condition d'habitude a été soulevée dans d'autres matières. Ainsi, un arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes interprète la notion « d'accomplissement habituel du travail » nécessaire à la mise en œuvre de l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁹²⁶. Dans cette affaire, la C.J.C.E. a dit pour droit que « dans l'hypothèse

⁹²⁵ Il a été soutenu qu'en présence d'un contrat conclu à la suite d'affirmations mensongères d'un prétendu banquier, l'on pouvait analyser les atteintes à ce monopole comme constitutives d'un vice du consentement – en l'occurrence le dol. Voir en ce sens PELTIER (F.) et FERNANDEZ-BOLLO (E.), *Jurisl. Banque et crédit*, Fasc. 50, Structures, réglementation, et contrôle public des professions bancaires, Structures et conditions d'accès, spécialement n° 34. L'on pourrait ajouter qu'en l'absence de contrat conclu, le monopole des dénominations pourrait être sanctionné, sur le plan civil, sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Nous ne débattons pas davantage, dans ce développement, de ces questions puisque la portée du phénomène d'attraction que nous analysons ne dépend pas de ce type de recherche. En revanche, il en va tout autrement quant aux critères de localisation spatiale. Voir nos développements, *infra*, Chapitre 2 de ce titre.

⁹²⁶ Voir NUYTS (A.), *Op. cit.*, page 45 ; et voir C.J.C.E., 9 janvier 1997, Rutten c/ Cross Medical, Aff. C-383/95, Rec. 1995, p. I-57, R.C.D.I.P., 1997, page 336, note GAUDEMET-TALLON (H.).

d'un contrat de travail en exécution duquel le salarié exerce ses activités dans plus d'un Etat contractant, le lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail [...] est celui où le travailleur a établi le centre effectif de ses activités professionnelles ». Selon la Cour, ce lieu se détermine en prenant en considération la circonstance que « le travailleur accomplit la majeure partie de son temps de travail dans un des Etats contractants où il a un bureau à partir duquel il organise ses activités pour le compte de son employeur et où il retourne après chaque voyage professionnel à l'étranger »⁹²⁷. Il est possible de percevoir l'importance de cette condition d'habitude, mais elle conditionne la compétence d'une juridiction, et non pas l'appréciation de la régularité d'un comportement. Il convient de vérifier comment la jurisprudence française a appliqué la condition d'habitude aux monopoles bancaires.

A) La jurisprudence pénale et la condition d'habitude : une utilisation nécessaire mais stricte.

529. Principe. L'article 10, alinéa 1 de la loi bancaire fait expressément mention de la condition d'habitude. Celle-ci n'est toutefois pas exigée pour les dépôts à vue ou à moins de deux ans de terme, puisque les dispositions de l'article L.511-5 alinéa 2 du code monétaire et financier ne comporte pas les termes « à titre habituel », contrairement à l'alinéa 1^{er} de ce texte⁹²⁸. Le monopole des appellations professionnelles spécifiques prévu par les dispositions de l'article L.511-8 du code monétaire et financier ne fait pas non plus mention de la condition d'habitude. Relativement aux monopoles financiers, la même condition d'habitude est exigée par l'article L.531-1 du code monétaire et financier, sauf pour le monopole des dénominations prévu par l'article L.531-11 du même code. Nous avons vu que l'habitude avait un rôle bien précis, antérieur à notre sens de la caractérisation de l'infraction elle-même.

530. Appréciation de la condition d'habitude – principes généraux appliqués par le juge pénal. L'appréciation de l'habitude est délicate et doit se faire eu égard au caractère renouvelé ou occasionnel des opérations de banque, sous peine de cassation, quand bien même une véritable entreprise n'aurait pas été constituée ou même si les actes sont l'accessoire d'une activité autre que bancaire⁹²⁹. Ainsi, a été cassé un arrêt qui s'était limité à énoncer que le prévenu avait « consenti plusieurs prêt successifs à une même société », sans rechercher si ces derniers constituaient des opérations de banque et avaient été effectués à titre habituel⁹³⁰. Il semble donc que la Cour de cassation, dans

⁹²⁷ Même arrêt, point 27.

⁹²⁸ Voir GHELFI-TASTEVIN (F.), *Op. cit.*, n° 26.

⁹²⁹ Voir BON-GARCIN (I.) et PASUT (M.), *Juriscl. Pénal annexes*, Fasc. « Banque » - établissements de crédit et entreprises d'investissement, à jour au 20/01/2002, n° 70 ; voir également GHELFI-TASTEVIN (F.), *Rep. Dalloz Pénal*, V^{is} Banques et établissements financiers, à jour en février 2002, n° 25.

⁹³⁰ Voir Cass. Crim. 2 mai 1994, Bull. crim. N° 158. Voir dans le même sens, pour des opérations passées au débit et au crédit de comptes ouverts à des tiers permettant le transfert de fonds, Cass. Crim. 26 février 1998, Bull. crim. N° 77, *Dr. Pén.*, 1998, comm. 83, obs. ROBERT (J.H.).

cette décision, ait exigé des juges du fond qu'ils s'intéressent à la fréquence, la répétition, la nature occasionnelle ou non de chaque opération réservée au monopole bancaire, pour apprécier comment ces éléments concourent à un exercice habituel⁹³¹. Nous observerons, à propos de cet arrêt, qu'il ne peut s'affranchir de la condition d'habitude. Cela étant, on voit également que la répétition limitée à deux actes identiques ne suffit pas à la caractériser systématiquement. Selon la Cour d'Appel de PARIS⁹³², le caractère habituel des opérations de banque résulte de la recherche d'une clientèle, peu important – nous soulignons l'importance de cette précision car elle sera décisive quant au critère de localisation – que les clients aient subi ou non des pertes financières⁹³³. Concernant les monopoles portant sur les services d'investissement, la condition d'habitude n'est pas rédigée dans les mêmes termes que concernant les monopoles bancaires, puisque l'article L.532-1 prévoit que l'infraction n'est constituée que si le prévenu a fourni des services d'investissement « à titre de profession habituelle », et non pas seulement « à titre habituel », ce qui la rend un peu plus difficile à caractériser. Il faudra en effet non seulement la répétition d'opérations, mais encore que celle-ci soit réalisée dans le cadre de l'activité professionnelle⁹³⁴. Voilà une donnée qui n'est certainement pas à négliger pour savoir ce qu'il convient de localiser, ce qui peut être attiré par les dispositions pénales intéressant les monopoles portant sur les services d'investissement.

B) La jurisprudence commerciale et la condition d'habitude : une situation incertaine

531. Chambre commerciale – Les affaires relatives aux crédits hypothécaires – abandon de la condition d'habitude ? Concernant la portée pratique du phénomène d'attraction opéré par les dispositions de police relatives aux monopoles professionnels étudiés, il convient de relever que la chambre commerciale ne semble pas s'être embarrassée d'une quelconque considération à l'égard de la condition d'habitude. Partant, cela limite le phénomène d'attraction des situations que nous avons mis en évidence. Nous le vérifierons avec l'exemple de la jurisprudence construite autour des crédits hypothécaires. Un nombre important de décisions a été rendu par la Cour de Cassation française, relativement à des crédits hypothécaires consentis par des banques étrangères à des emprunteurs français, avant l'entrée en vigueur de la deuxième directive de coordination bancaire⁹³⁵. Une question nous semble ignorée, tant par les commentateurs que par la Cour ou les défenseurs, tout au moins dans la série d'arrêts rendus le 20 octobre 1998 : n'aurait-on pas pu interpréter strictement les dispositions de l'article 10 de la loi bancaire, qui prévoient expressément cette condition d'habitude, pour

⁹³¹ Voir BON-GARCIN (I.) et PASUT (M.), *Op. cit.*, n° 70.

⁹³² Voir C.A. PARIS, 26 juin 1995, *R.D.B.B.*, 1996, 234, note CRÉDOT (F.J.) et GÉRARD (Y.).

⁹³³ Voir Cass. Crim. 3 novembre 1994, Bull. crim. n° 345, J.C.P. éd. G., note POLLAUD-DULLIAN (F.).

⁹³⁴ Voir GHELFI-TASTEVIN (F.), *Op. cit.*, n° 33 ; et voir BON-GARCIN (I.) et PASUT (M.), *Op. cit.*, n° 70 ; voir également, de manière très explicite, DEUMIER (P.), *Le droit spontané*, Thèse, Economica, coll. Recherches Juridiques, Paris, 2002, page 62, note 1 et les références.

déjouer l'application de ce texte ? Il semblerait sage de ne pas opter pour cette solution, dans la mesure où cela priverait quasiment de tout effet les dispositions pertinentes précitées relatives aux monopoles professionnels étudiés. En effet, s'il fallait attendre une répétition d'opérations pour mettre en œuvre l'interdiction prévue par l'article 10 de la loi bancaire, il est probable que le caractère impératif de ce texte serait fortement battu en brèche, puisque soumis à l'appréciation du juge du fond concernant la condition d'habitude. Cependant, il est exact qu'en principe, le texte prévoit cette condition, tout au moins quant à la réalisation d'opérations de banque⁹³⁶. Cette condition n'est en revanche pas exigée dans le texte relatif au monopole des dénominations⁹³⁷. Par ailleurs, il convient de se reporter à l'arrêt *Epoux Seyve contre Banque I.P.P.A.*, rendu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation, dans le cas d'une opération isolée effectuée par un établissement non agréé pour fournir en France des crédits hypothécaires⁹³⁸. La Cour ne semble pas s'être posée cette question, dans la mesure où les parties au litige n'avaient pas soulevé ce moyen. En revanche, l'arrêt *Mayade* rendu en 2001 est à cet égard éloquent. L'un des moyens de cassation invoqués par la banque consistait à dire qu'à la date des faits, « il n'était pas établi qu'à l'époque du prêt litigieux, elle aurait exercé en France, de façon permanente une activité de banque, ce dont il résultait qu'elle avait le droit d'y pratiquer une opération de crédit à titre occasionnel sans être assujettie à l'exigence d'un agrément », et que dès lors, la cour d'appel aurait violé les articles 3 du code civil, ainsi que les articles 1^{er}, 10, 15, et 17 de la loi bancaire. La Cour a balayé cette argumentation en ces termes : « attendu qu'ayant relevé que la société était un établissement de crédit au sens commun des législations belge et française, la cour d'appel en a déduit avec raison, s'agissant d'un prêt consenti avant l'entrée en vigueur de la directive 89/646/CEE du conseil des Communautés européennes du 15 décembre 1989, qu'en application des articles 10 et 15 de la loi du 24 janvier 1984, elle devait obtenir l'agrément imposé par les textes susvisés, pour exercer en France son activité, fût-ce à titre occasionnel et sous forme de libres prestations de services ». La Chambre commerciale a confirmé, dans un arrêt du 4 juin 2002⁹³⁹, cette analyse. L'on pourrait en conclure à une volonté de s'affranchir de la condition d'habitude. Cependant, il y a lieu de tempérer la présente prise de position, à la lumière de certaines décisions récentes de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation.

⁹³⁵ Voir Cass. Com., 20 octobre 1998, *Epoux Seyve c/ IPPA*, *D. Aff.* 1999, pp. 69 ; Cass. Com., 20 octobre 1998, *SCI Parodi c/ Banque Albert de Bary et Cie*, *D. Aff.* 1999, pp. 69, et R.J.D.A. 12/98, n° 1395 ; Cass. Com., 20 octobre 1998, *SCI Thiry c/ ANHYP* ; Cass. Com., 20 octobre 1998, *SNC Dieulafait c/ ANHYP*, *lexilaser Cassation*, Arrêt n° 1687, pourvoi n° 95-22.106. Plus récemment, sur le même type de litige, voir Cass. Com. 13 mars 2001, formation restreinte, *H.S.A. Banque d'épargne c/ Mayade*, Arrêt n° 521, et R.J.D.A. 2001, n° 801.

⁹³⁶ Voir en ce sens l'article L.511-5 du code monétaire et financier, *in fine*.

⁹³⁷ Voir en ce sens l'article L.511-8 du code monétaire et financier.

⁹³⁸ Voir Cass. Com. 20 octobre 1998, *D. Aff.* 1999, pp. 69.

⁹³⁹ Voir Cass. Com. 4 juin 2002, *Comptoir d'escompte de Belgique et autres c/ Ballongue et autres*, pourvoi n° 00-16915, *R.D.B.F.*, 2002, page 181.

532. Tempérament. Sur la base d'un arrêt rendu le 2 juillet 2002, il a été soutenu que la Cour de Cassation n'avait jamais eu l'intention de dire qu'une banque étrangère avait besoin d'un agrément pour réaliser en France une opération de crédit isolée⁹⁴⁰. Il est vrai que comme l'explique le Doyen STOUFFLET, « la solution du 4 juin 2002 serait lourde de conséquences pour les banques des pays tiers à qui il serait interdit d'ouvrir même de manière tout à fait exceptionnelle un crédit en France ou même de participer à un pool bancaire »⁹⁴¹. Pour appuyer cette thèse, un arrêt du 3 décembre 2002 de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a défini ce qui, selon elle, ne suffit pas à caractériser l'habitude dans l'activité de prêteur. En l'espèce, la Cour d'Appel avait retenu que l'exercice illégal de la profession de banquier était établi, parce qu'une personne non agréée avait à titre habituel, pour la période comprise entre le 20 février 1975 et le 19 janvier 1984, consenti neuf prêts successifs – il n'y avait en l'espèce aucun élément d'extranéité – contenant la remise de fonds à titre onéreux à la disposition d'un même client, en des termes révélant chez le prêteur la connaissance des règles de droit applicables aux contrats. La Chambre commerciale a censuré cette décision, au motif que la Cour d'appel, se fondant sur des motifs inopérants et, surtout, insuffisants à caractériser la condition d'habitude, n'a pas donné de base légale à sa décision⁹⁴². Il serait donc permis de penser que la Chambre commerciale a une vision assez restrictive de l'habitude. Partant de cela, elle ne sanctionnerait que les situations dans lesquelles il y a effectivement répétition d'opérations. Il est possible, cependant, que les craintes exprimées par le Doyen STOUFFLET ne se révèlent justifiées. En effet, un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 7 janvier 2004, est venu confirmer que « fût-ce à titre occasionnel et sous forme de libre prestation de service », une opération bancaire ne peut être effectuée en France qu'après agrément imposé par les textes⁹⁴³. Quelle est alors la portée du tempérament que nous venons d'évoquer ?

533. Portée du tempérament : contradiction ou précision ? Cette apparente succession de décisions contradictoires pourrait nous conduire à deux conclusions contraires. La première serait que la portée du monopole des établissements de crédit pourrait être, désormais, bien réduite, tout au moins du fait de la difficulté que l'on pourra rencontrer pour caractériser la condition d'habitude, nécessaire en cas de prêts « franco-français ». La seconde est que s'agissant des situations internationales, la Chambre commerciale s'affranchirait de l'habitude. L'on pourrait être tenté de conclure à une démarche protectionniste de la Chambre commerciale. Cependant, il ne faut point aller trop vite en besogne, et il convient de préciser, à l'instar de MM. CREDOT et GERARD, que si l'on s'en tenait à l'impératif de protection de l'emprunteur, il n'y aurait aucune raison d'exiger l'habitude, un crédit isolé pouvant être d'une dangerosité

⁹⁴⁰ Voir Cass. Com., 2 juillet 2002, *J.C.P.*, éd. E., 2003, 396, n° 2, obs. STOUFFLET (J.).

⁹⁴¹ *Ibidem*.

⁹⁴² Voir Cass. Com., 3 décembre 2002, Désidéri c/ Consorts Multedo, pourvoi n° H 00-16.957, arrêt n° 2045 FS-P, D. Affaires, 2003, page 202 ; *R.D.B.F.*, 2003, pp. 91 à 92, note CREDOT (F.J.) et GERARD (Y.).

⁹⁴³ Voir CRÉDOT (F.J.) et GÉRARD (Y.), Note sous Cass. Com., 7 janvier 2004, *R.D.B.F.*, 2004, pp. 88 et 89.

identique, pour le profane, à ceux consentis à titre habituel⁹⁴⁴. Cette facette de leur argumentation nous convainc, et permet d'expliquer en partie la décision rendue le 7 janvier 2004⁹⁴⁵. Mais elle ne nous paraît pas satisfaisante lorsque ces auteurs soutiennent que la protection des intérêts de l'Etat et de la profession a prévalu⁹⁴⁶ sur celle des intérêts de la partie faible dans la décision du 3 décembre 2002. En vérité, les avocats aux conseils, dans cette affaire, avaient simplement soutenu que la condition d'habitude n'était pas caractérisée en fait⁹⁴⁷. Nous devons préciser qu'à notre sens, compte tenu, là encore, d'un contexte daté, il nous semble que les prêts en question étaient régis par les lois de 1941, et non pas par celle de 1984. En effet, le contexte de cette affaire est similaire à celui rencontré dans une jurisprudence antérieure⁹⁴⁸, qui avait abouti à l'application de la loi de 1941. Dès lors, il apparaît assez curieux que la Cour ait rendu sa décision sous le visa de l'article L.511-5 du code monétaire et financier. Or, la loi bancaire n'est pas, en vertu des dispositions de droit transitoire, une législation rétroactive. En effet, les dispositions transitoires de la loi bancaire prévoyaient expressément son entrée en vigueur six mois après sa publication au Journal Officiel⁹⁴⁹, les établissements de crédit demeurant jusqu'alors soumis aux dispositions qui les régissaient au 31 décembre 1983⁹⁵⁰. L'on peut donc en déduire que pour les prêts et la période dont il s'agit, l'intérêt de l'emprunteur n'était pas protégé lors de la réalisation de ces prêts. Ceci aurait suffi à censurer l'arrêt d'appel, et aurait utilement prolongé le premier point de l'argumentaire de MM. CREDOT et GERARD. Ce point n'a aucunement été relevé, alors qu'il l'avait été par la décision précitée du 24 février 1993. A la décharge de la Cour – et par conséquent des commentateurs – il faut ajouter que les avocats aux conseils des demandeurs au pourvoi n'avaient pas non plus formulé leur défense en ces termes. Par ailleurs, et cela a été relevé par la doctrine que nous rapportons ici, la circonstance que les prêts successifs ont été consentis à destination d'une seule et même personne traduit l'existence d'une relation personnelle, étrangère à l'activité bancaire. Par conséquent, l'activité du prêteur ne concurrençait pas les établissements de crédit, et partant, ne constituait pas une atteinte à la profession.

⁹⁴⁴ Voir CREDOT (F.J.) et GERARD (Y.), *Op. cit.*, page 92.

⁹⁴⁵ Selon nous, il faudrait que cet emprunteur soit digne de protection, c'est-à-dire profane, faible. Par ailleurs, il nous semble que la Cour de cassation soit encore marquée, à ce jour, et s'agissant des crédits hypothécaires comme en l'espèce, par le feuillet Parodi...

⁹⁴⁶ *Ibidem*.

⁹⁴⁷ Voir les moyens annexés à l'arrêt du 3 décembre 2002 précité, in *CD-Rom lexilaser Cassation*, Arrêt n° 2045.

⁹⁴⁸ Ainsi, comme le remarquent Messieurs CREDOT et GERARD, l'arrêt de la première chambre civile du 24 février 1993, *R.D.B.B.*, 1993, page 126, obs. CREDOT (F.J.) et GERARD (Y.) ; *J.C.P.*, éd. E., 1993, I, 302, n° 2, obs. GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), qui maintient la solution selon laquelle le monopole ne protège pas l'emprunteur, avait été rendu sous l'empire des lois de 1941.

⁹⁴⁹ Soit, donc au mois de juillet 1984. Voir l'article 105 alinéa 1^{er} de la loi bancaire, non repris au sein du Code monétaire et financier.

534. Conclusion sur la possibilité de réduire l'activité aux seuls contrats – conséquence sur la méthode. Il semble, au vu de ce qui précède, que la portée du phénomène d'attraction porte davantage sur l'activité déployée par le prestataire – répétition de contrats, fréquence de ceux-ci, situations de démarchage⁹⁵¹, offre – qu'à tel ou tel contrat pris isolément. Réserve dûment faite, cependant, du dernier état de la jurisprudence de la chambre commerciale, s'agissant de la prise en compte assez « virevoltante » de la répétition des opérations... Dès lors, notre méthode d'attraction des situations par le texte peut viser, certes, les contrats, mais également toute sollicitation de la clientèle, dès lors que celle-ci est réalisée de manière irrégulière, sans agrément pour y procéder. Le phénomène d'attraction ne joue donc pas toujours librement. Et ce d'autant moins que la nature des textes étudiés est hybride. Il faut également observer que lorsqu'une opération est happée par l'interdiction discutée, elle l'est de façon entière dans la majeure partie des cas.

535. Conclusion sur le particularisme de la méthode. Le particularisme de la méthode s'articule, à notre sens, autour de quatre idées. D'abord, la structure même du mécanisme est particulière parce qu'elle est liée à la fonction remplie, à savoir la préservation d'intérêts jugés cruciaux. Et ce même si cette dernière notion peut sembler délicate à circonscrire. Ensuite, la méthode de l'attraction transcende les clivages entre différentes branches du droit car elle peut être observée aussi bien en droit civil qu'en droit pénal ou en droit administratif. Cependant, elle respecte, malgré tout, les disparités entre ces différentes branches du droit puisqu'il y a lieu de tenir compte des intérêts préservés par chacune d'entre elles pour mettre en œuvre le critère d'attraction, et de la

⁹⁵⁰ Voir l'article 104 de la loi bancaire, non repris au sein du code monétaire et financier. A notre sens, nous touchons là à l'une des affres de la codification « à droit constant ». En effet, la loi bancaire est bien entrée en vigueur aux dates prévues par les dispositions de droit transitoire, mais l'avocat nanti des dernières éditions du code monétaire et financier ne pouvait avoir connaissance de ces textes, dans la mesure où ils ont « disparu » lors de la codification. La doctrine est perplexe, et elle avait déjà constaté le phénomène à propos de la nouvelle version du code de commerce. Cette disparition est-elle synonyme d'abrogation ou d'omission ? Ce qui est sûr, c'est que l'ordonnance ne mentionne pas les articles 104 et 105 au titre des dispositions abrogées, pas plus que les tables de concordance comprises dans les éditions récentes des codes ne reprennent ces textes au titre des dispositions codifiées. Il y a donc lieu de considérer que ces dispositions sont restées applicables, elles sont seulement moins faciles à se procurer. Sur ces questions, voir BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), *Le nouveau code de commerce ? Une mystification*, D., 2000, doctrine, pp. 361 à 369 ; LE BARS (Th.), *Nouvelles observations sur la codification « à droit constant » du code de commerce – l'article 631 du code de commerce était abrogé depuis...* 1991, J.C.P. éd. E., 2000, pp. 2021 à 2022 ; VARII AUCTORES, *Le nouveau code de commerce – les incertitudes de la codification à droit constant*, D. & P., 2001 n° 95, pp. 49 à 103. Sur le Code monétaire et financier, voir BONNEAU (Th.), *Brèves observations sur le nouveau Code monétaire et financier*, Bull. Joly Bourse, 2001, n° 1, pp. 1 à 6.

⁹⁵¹ Il faut rappeler en effet que la loi du 1^{er} août 2003, dite de sécurité financière, est venue réglementer, sur le plan interne, cette profession. Voir TORCK (S.), *La réforme du démarchage financier par la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière*, Dr. Sociétés, janvier 2004, pp. 5 à 11. Par ailleurs, le dispositif mis en place présente la même architecture que les monopoles professionnels étudiés, à savoir une interdiction faite à ceux qui ne présentent pas certaines conditions d'exercer cette profession, sous peine de sanctions. Par ailleurs, une reconnaissance mutuelle existe, à l'instar de ce que nous avons exposé pour les monopoles bancaires et financiers. Voir BOUTEILLER (P.), *Le nouveau dispositif relatif au démarchage bancaire et financier* (2^{ème} partie), *Lamy droit du financement*, Bulletin n° 147, décembre 2003, pp. 1 à 8.

nature des sanctions édictées. Enfin, le phénomène d'attraction a une portée spécifique : il ne jouera pas, dans la plupart des cas, à l'endroit d'un contrat déterminé, mais à l'encontre de la succession de ceux-ci. Ces énonciations auront des conséquences indéniables sur les critères utilisés pour mettre en œuvre la théorie de la localisation. Nous proposons d'en rechercher le particularisme.

Chapitre 2. Le particularisme des critères utilisés

536. Démarche. Nous verrons que compte tenu de la particularité méthodologique exposée ci-avant, selon laquelle l'application des dispositions françaises établissant les monopoles bancaires et financiers résulte d'un phénomène d'attraction justifié par certains intérêts cruciaux, les critères permettant au phénomène d'attraction des situations par la loi seront variés. Leur recherche présentera un certain nombre de spécificités par rapport aux critères que l'on peut rencontrer dans le cadre de la théorie classique des conflits de lois. C'est à l'étude de ces spécificités qu'il conviendra de s'attacher dans le présent développement.

537. Manifestations du particularisme des critères. On doit à WENGLER d'avoir mis en évidence un tel particularisme concernant les critères de rattachements appliqués aux dispositions de police⁹⁵². Des travaux plus récents ont également recherché cette spécificité. Ainsi, M. le Professeur Bernard AUDIT indique que « une loi de police donnée est d'application territoriale en ce sens que son application n'est assurée que de la part des autorités de l'Etat qui l'édicte. Mais le critère qui déclenche son application est lié au but qu'elle poursuit »⁹⁵³. De plus, selon cet auteur, « le mode d'application immédiat d'une disposition impérative est rendu nécessaire parce que le rattachement prévu par la règle de conflit bilatérale pour la catégorie dont cette disposition relève (contrat, personnes...) ne permet pas d'en assurer l'application conforme à son but »⁹⁵⁴. D'autres auteurs aboutissent à des analyses similaires⁹⁵⁵. Nous avons déjà établi que les dispositions pertinentes servent divers intérêts, il y a donc tout lieu de penser que nous nous trouverons face à différents critères. A partir de ce postulat, deux axes de réflexion s'imposent d'eux-mêmes. D'une part, le particularisme des critères d'efficacité internationale des monopoles professionnels analysés s'attachera à préserver chacun des intérêts défendus (section I). D'autre part, il y aura plusieurs critères, qu'il conviendra d'organiser : cette organisation, et les difficultés que cela comporte, constitueront un second particularisme (section II).

⁹⁵² Voir WENGLER (W.), Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, pp. 168 à 212.

⁹⁵³ Voir AUDIT (B.), *Droit international privé*, Collection Droit Civil, 3^{ème} éd., Economica, 2000, n° 116.

⁹⁵⁴ *Ibidem*, op. et loc. cit..

⁹⁵⁵ Voir KARAQUILLO (J.P.), *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, P.U.F., Paris, 1977, pp. 134 à 137, qui réfute les rattachements classiques.

Section 1. Le particularisme des critères résultant de la diversité des intérêts cruciaux.

538. L'inadéquation des critères savigniens. Les auteurs s'accordent à distinguer trois types de critères, utilisés en vue de rattacher une situation à un ordre juridique, lorsque les règles classiques de conflits des lois sont mises en oeuvre. Ainsi, MM. LOUSSOUARN et BOUREL envisagent-ils successivement⁹⁵⁶ la localisation fondée sur le sujet du rapport de droit, celle fondée sur l'objet du rapport de droit, et enfin celle fondée sur la source du rapport de droit. Le premier type de procédé fait appel à des critères personnels, la nationalité ou le domicile, ainsi en est-il en matière de statut personnel⁹⁵⁷. Nous avons établi que le monopole professionnel ne relevait pas de cette catégorie de questions, les critères personnels semblent donc à exclure. La seconde catégorie se rencontre notamment en matière de statut réel⁹⁵⁸, que les biens en cause soient meubles ou immeubles : c'est le règne de la *lex rei sitae*, dont notre étude n'a pas à se préoccuper puisque le monopole professionnel n'a absolument rien à voir avec les questions touchant les biens. La troisième catégorie, plus vaste, recouvre le statut des actes ou des faits juridiques⁹⁵⁹. Dans ce dernier groupe, les auteurs distinguent la localisation des actes juridiques – gouvernés au fond par la loi d'autonomie, et les faits juridiques, pour lesquels règne notamment la *lex loci delicti*⁹⁶⁰ ou, pour la procédure, la *lex fori*. Pour les contrats, la forme est régie par le lieu de conclusion, alors qu'au fond, c'est la loi d'autonomie qui s'applique, et à défaut de choix, la loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits. Nous verrons que concernant notre propos, la loi d'autonomie n'a pas à interférer, compte tenu de la nature – de police – des textes applicables. Pour mémoire, s'agissant enfin des successions, ce peut être la *lex rei sitae* en cas de succession immobilière, ou la loi du domicile du de cujus en cas de succession mobilière qui aura vocation à s'appliquer. Ces quelques rappels étant exposés, il convient de préciser que ces critères ne sauraient recevoir application concernant les monopoles professionnels. En effet, le problème posé ici est, à notre sens, que les classifications proposées ignorent totalement la spécificité des dispositions de police. Bien qu'il faille recourir au système du rattachement – c'est là que le Doyen LOUSSOUARN voit la démystification de cette spécificité, ce que nous contestons – il n'en demeure pas moins que ces rattachements sont guidés par la notion d'intérêt crucial, ainsi que d'autres éléments particuliers, que nous allons désormais nous attacher à détailler.

539. Les facteurs de variation des critères. La notion d'intérêt crucial est déterminante sur la méthode, nous l'avons montré en premier chapitre. Mais elle l'est

⁹⁵⁶ Voir LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 1999, spécialement n° 153.

⁹⁵⁷ *Ibidem*, n° 154 et suivants.

⁹⁵⁸ *Ibidem*, n° 166 et suivants.

⁹⁵⁹ *Ibidem*, n° 172 et suivants.

⁹⁶⁰ *Ibidem*, n° 173, page 186.

également sur les critères. En effet, la pluralité d'intérêts défendus d'une part et les modalités particulières de leur analyse selon les juridictions saisies d'autre part nous conduisent à mettre en exergue une organisation particulière des différents critères. Nous proposons de montrer que la batterie de critères susceptibles de permettre l'application des dispositions pertinentes de police est en réalité doublement organisée. Elle est d'abord rassemblée autour d'un critère cadre, ou critère fondamental, à savoir l'atteinte aux intérêts cruciaux dont la sauvegarde est impérativement recherchée (§ - 1.). Ensuite, elle est déclinée en fonction de la zone intéressée, car tous les textes applicables – nationaux et communautaire, le cas échéant – n'ont pas la même définition de ces critères (§ - 2.).

§ - 1 L'organisation des critères d'application en fonction d'un critère fondamental, lié à la protection d'un intérêt.

540. Rappels. Afin de bien comprendre la structure du présent développement, il faut toujours avoir à l'esprit le rôle capital de l'intérêt à protéger. Dès lors, l'on peut comprendre que l'objectif commun des différentes sanctions prévues est la préservation desdits intérêts cruciaux: c'est là ce qui fait la spécificité de la méthode de localisation que nous avons évoquée en première section. Nous avons eu l'occasion de souligner que les dispositions dont nous analysons l'application spatiale sont toutes assorties de sanctions civiles, pénales, et administratives. Dès lors, plusieurs branches du droit ont, ensemble, la prétention d'assurer la protection des intérêts cruciaux que nous avons mis en évidence, afin de qualifier, punir ou prévenir les comportements indésirables, les atteintes à ces intérêts cruciaux de préservation de l'Etat et des intérêts catégoriels des parties faibles. Une fois soulignée l'importance de l'atteinte à ces intérêts, l'on pourra comprendre un peu plus aisément la spécificité des critères que nous souhaitons mettre en évidence.

541. Distinction entre critère fondamental et critère d'application. L'analyse que nous proposons emprunte, par analogie – le parallèle peut sans doute paraître osé – au modèle du contrat cadre, nécessitant pour sa bonne exécution des contrats d'application. Le but commun à l'ensemble du dispositif étudié, c'est-à-dire les couples « interdiction - sanctions » est la préservation d'intérêts jugés comme devant nécessairement être défendus, et justifiant par là le phénomène d'attraction opéré par la disposition sur les situations. Dès lors, pour localiser le comportement, afin de savoir s'il peut ou non se trouver attiré par les dispositions pertinentes, il peut paraître opportun de localiser l'atteinte auxdits intérêts cruciaux. Pour la suite de nos développements, ce critère sera dénommé « critère cadre », ou encore « critère fondamental ». Cependant, le but commun de préservation ne doit pas conduire à amalgamer les objectifs propres à chaque branche du droit concernée – droit civil, droit pénal, et droit administratif. Dès lors, ce critère fondamental de l'atteinte aux intérêts cruciaux nécessitera, pour sa mise en œuvre, le concours de critères « d'application », qui seront distincts, en fonction des branches du droit précitées. Il y aura donc une double recherche à mener, car si la détermination des critères dits « d'application » peut dans certains cas couler de source, elle peut, dans d'autres hypothèses, se révéler plus difficiles à réaliser.

A) A la recherche du critère cadre ou fondamental.

542. Notion de critère. Pour tenter de découvrir l'existence d'un critère qui n'aurait pas été perçu, il convient au préalable de proposer une approche de ce qu'est un critère, et surtout de distinguer des éléments voisins, non représentatifs d'un critère de localisation. Traditionnellement, la notion de critère de rattachement a pu être définie comme les « éléments, de fait ou de droit, retenus par les règles de conflit de lois (lieu de commission d'un acte, nationalité d'une personne, etc.) qui lient une situation à un Etat déterminé et justifient la soumission de celle-ci au Droit de cet Etat »⁹⁶¹. On le voit, la définition rapportée semble assez large, et autorise toutes les investigations.

543. Deux axes de recherche. Pour découvrir l'existence de ce critère, il faut se pencher sur ses fondements doctrinaux, et sur les applications jurisprudentielles. La doctrine a d'abord tranché la question de savoir si la théorie des dispositions de police revêtait une quelconque spécificité, quant à ces critères. Ensuite, nous montrerons que la jurisprudence, à la manière de M. Jourdain qui faisait de la prose sans le savoir, a mis en œuvre, sans toujours l'affirmer expressément, ce critère de l'atteinte aux intérêts cruciaux.

1) La découverte du critère par la doctrine

544. Etapes de la recherche. Pour admettre le concept de critère fondamental, à déterminer et à situer préalablement à tout critère d'application, il convient d'abord de définir ce que l'on entend par critère fondamental. Puis, il sera nécessaire de tenir pour acceptable l'idée que les critères d'efficacité internationale des dispositions de police sont spécifiques, en dépit d'une doctrine opposée. Nous mènerons donc une démarche critique à l'égard des tenants de l'absence de particularisme des critères, en confrontant à leurs théories d'autres démarches qui ont accepté et justifié ce postulat. Au sein des justifications avancées, nous verrons que celle qui revient le plus souvent est que la notion d'intérêt crucial à protéger s'avère décisive – tout comme elle justifiait la spécificité de la méthode. La fonction remplie par le critère nous permettra, en l'espèce, de vérifier que le critère de l'atteinte aux intérêts protégés a déjà pu être mis en œuvre dans des domaines différents du notre, notamment en droit de la concurrence. Les textes qui régissent cette matière présentant d'indéniables points communs avec ceux objet de notre étude, il nous sera alors possible d'affirmer qu'une telle démarche peut être transposée à notre propos. Mais il faut d'abord, pour être complet, rappeler que la doctrine n'est pas unanime à reconnaître la spécificité des critères utilisés pour la mise en œuvre dans l'espace des dispositions de police, afin de combattre cette résistance.

545. La doctrine opposée à la spécificité des critères. La question du particularisme des dispositions de police par rapport à la méthode conflictuelle a divisé la doctrine, et certains éminents spécialistes ont – parfois de belle manière – tenté de battre en brèche la pertinence d'une telle spécificité⁹⁶². M. le Doyen LOUSSOUARN est, à cet égard, l'un des plus constants détracteurs de ce particularisme. En effet, entre 1973 et 1999, sa position à l'encontre du particularisme des dispositions de police n'a pas varié d'un iota. Ce dernier estime que la spécificité de la méthode des lois de police n'est pas avérée⁹⁶³, et que « depuis que le droit international a pris naissance, tous les rattachements ont été pratiquement envisagés au sein de la théorie des conflits de lois, et

⁹⁶¹ Voir CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, Quadrige, P.U.F., Paris, 2001, V° « rattachement ».

il faudrait une forte dose d'imagination pour en inventer d'autres »⁹⁶⁴. Le facteur le plus probant, selon cet auteur, de ce qu'il appelle la démystification de la particularité des critères dans le cadre des dispositions de police est que ceux-ci peuvent faire l'objet d'une bilatéralisation, dans l'hypothèse particulière d'un conflit toujours possible de dispositions de police.

546. Observations critiques. A l'endroit de cette doctrine des plus autorisées, nous opposerons tout de même trois griefs. Le premier consistera à observer qu'en trente ans, soit entre le cours et le manuel, la position exprimée n'a pas varié, ni dans son esprit ni même dans sa formulation, alors que les situations à rattacher se sont passablement compliquées. Les éléments explicatifs de cette évolution comprennent notamment l'avènement d'Internet, ou encore la reconnaissance de valeurs défendues dans bon nombre d'Etats, telles la protection de la partie faible⁹⁶⁵ ou celle de l'intégrité d'un secteur professionnel, en notre espèce celle du secteur bancaire. Le second grief opposé à cette analyse viendra constater que si les rattachements ont été envisagés sur le plan de la théorie des conflits de lois, comme M. LOUSSOUARN l'affirme, ils n'ont pas été spécifiquement étudiés à l'aune de la fonctionnalité particulière qu'ils remplissent. Or, ce constat n'est pas neutre : si la répartition permet de localiser le rapport de droit, la défense d'intérêts cruciaux nécessite de localiser l'atteinte qui y est portée. C'est la conséquence directe de la fonction de préservation conférée aux dispositions de police, et certains auteurs s'en sont déjà fait l'écho⁹⁶⁶. Le troisième grief que nous formulerons consistera à faire une distinction capitale sur le plan des objectifs poursuivis par cet auteur. D'après la conclusion qu'il dressait à l'issue du cours de droit international privé qu'il dispensa à l'Académie de droit international de La Haye, « l'auteur de ce cours est un adepte du conflictualisme classique », ce qui le conduit à ranger l'unilatéralisme parmi les « affreux réactionnaires ». L'on peut sans aucun doute comprendre que l'éminent internationaliste puisse pencher pour la satisfaction d'une coopération harmonieuse sur le plan

⁹⁶² Voir LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 1999, n° 132 page 132 ; voir également, strictement dans les mêmes termes, LOUSSOUARN (Y.É.), *Cours général de Droit international privé, R.C.A.D.I.*, 1973, II, Vol. 139, pp. 269 à 386, spécialement page 330 ; ou encore, du même, *Les tendances récentes du droit international privé, R.I.D.C.*, 1979, Numéro spécial, Journées de la Société de législation comparée, 1ères journées d'études juridiques franco-américaines, pp. 681 à 704.

⁹⁶³ Voir le manuel précité, n° 132 page 133.

⁹⁶⁴ *Ibidem, op. et loc. cit.*. Cette position avait déjà été exprimée dans le cours précité qu'il dispensa en 1973 à l'Académie de droit international de la Haye.

⁹⁶⁵ La protection de l'emprunteur n'était pas reconnue par la loi de 1941. Voir en ce sens Cass. Civ. 1^{ère}, 24 février 1993, *R.D.B.B.*, 1993, page 126, obs. CREDOT (F.J.) et GERARD (Y.) ; *J.C.P.*, éd. E., 1993, I, 302, n° 2, obs. GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.). Et voir STOUFFLET (J.), La protection du consommateur faisant appel au crédit, premières réflexions sur la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, in *Etudes offertes au Professeur Emérentienne DE LAGRANGE*, Faculté de Clermont I, L.G.D.J., Paris, 1978, pp. 225 à 245.

⁹⁶⁶ Voir en ce sens AUDIT (B.), *Droit international privé*, Collection Droit Civil, 3^{ème} éd., Economica, 2000, spécialement n° 116.

international, au détriment de la préservation du principe de souveraineté. Mais à notre sens, dénier la supériorité d'une méthode sur les autres – ce que l'on peut comprendre si, comme M. le Doyen Yvon LOUSSOUARN, et nous même, l'on souhaite se placer dans la perspective de faire prévaloir la coopération internationale sur la sauvegarde d'intérêts internes faite en vertu d'une volonté étatique – ne peut être assimilable à dénier la spécificité de cette même méthode et des critères qu'elle utilise. Pour meilleure preuve, d'autres auteurs, pourtant ardents défenseurs de la règle bilatérale de conflit de lois, ont été considérés comme ayant clairement pris position pour montrer le particularisme des critères de rattachement. A notre sens, nous le verrons, cette clarté doit être relativisée.

547. Doctrine prônant la spécificité des critères. Mme France DEBY GERARD affirme en effet que : « spéciale, cette règle de conflit le sera d'abord en ce sens que la diversité des lois de police entraînera la création d'autant de rattachements distincts : c'est la conséquence de l'absence d'un statut propre aux lois de police ⁹⁶⁷, comme il existe un statut contractuel, personnel... Elle sera également dotée d'une spécificité non douteuse vis-à-vis de la règle de conflit générale, de type classique à côté de laquelle elle fait figure d'exception » ⁹⁶⁸. Cette première doctrine a le mérite de vouloir préciser la pluralité de critères, avant de prôner clairement la spécificité de la méthode des dispositions de police. Mais, et la confusion entretenue par certains auteurs sur la portée de cette doctrine est regrettable sur ce point ⁹⁶⁹, pluralité ne veut pas forcément dire spécificité. A bien lire Mme DEBY-GERARD, rien n'interdit aux critères traditionnellement utilisés par la méthode savignienne de l'être également dans la théorie des dispositions de police. Pourtant, la variété de ces dispositions conduira à celle des critères. Mme DEBY-GERARD prend tout de même l'exemple des rattachements relatifs aux actes d'exécution, en matière contractuelle, pour rappeler qu'ils font exception à la règle d'autonomie ⁹⁷⁰. Elle ajoute encore que « la règle de conflit spéciale aura ainsi pour occasion d'intervention, soit la volonté formelle du législateur, soit la nécessité dûment ressentie d'élaborer un nouveau rattachement » ⁹⁷¹. Il nous semble cependant que la finalité du critère n'a pas été relevée avec suffisamment d'insistance, bien que le dernier propos rapporté puisse la laisser percevoir. D'autres auteurs, auxquels nous nous rallions, ont poussé le raisonnement en ce sens, en s'appuyant davantage sur la fonction particulière remplie par les critères d'efficacité internationale des dispositions de police.

548. Particularisme issu de la fonctionnalité du critère. L'objectif desservi par le

⁹⁶⁷ L'affirmation selon laquelle il n'y aurait pas de statut propre aux dispositions de police a été contestée. Voir VAN DER ELST (R.), *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, t. I, caractères généraux, éditions du Recueil Sirey, Paris, 1956, pp. 20 et 21 ; voir également DEBY-GERARD (F.), *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Thèse, Dalloz, Paris, 1973, spécialement page 53, n° 70, note 18.

⁹⁶⁸ Voir DEBY-GERARD (F.), *Op. cit.*, page 53, n° 70 alinéa 2.

⁹⁶⁹ Sur cette confusion, voir LOUSSOUARN (Y.), *Cours général de Droit international privé* précité, page 331.

⁹⁷⁰ Voir DEBY-GERARD (F.), *Op. cit.*, note 19.

⁹⁷¹ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

critère est un peu délaissé par les auteurs que nous venons d'évoquer. Lorsque les tenants de la théorie des dispositions de police évoquent les critères de rattachement, ils insistent davantage sur cette fonctionnalité. A cet égard, il convient de souligner l'apport important de certains cours dispensés à l'Académie de Droit International de la Haye, notamment ceux de GOLDMAN⁹⁷², de MM. les Professeurs Bernard AUDIT⁹⁷³ et Jürgen BASEDOW⁹⁷⁴. Selon ces auteurs en effet, il convient de tenir compte du but de la loi⁹⁷⁵, pour en déduire le critère de son application⁹⁷⁶. Ainsi, les dispositions relatives à la concurrence se référeront au critère de l'effet anticoncurrentiel⁹⁷⁷ sur le marché pour s'appliquer : ces textes visent à assurer une saine concurrence sur un marché, il semble logique qu'ils s'attachent à localiser le comportement qu'ils prohibent pour le qualifier, le punir ou le prévenir. De la même manière, concernant les monopoles bancaires et financiers, un raisonnement par analogie peut conduire à rechercher l'effet « indésirable », c'est-à-dire, en somme, à localiser l'atteinte aux intérêts cruciaux protégés par les monopoles professionnels.

549. Conséquence : pertinence du critère de l'atteinte aux intérêts protégés.

Nous n'avons pas la prétention d'être un précurseur en ce domaine, car d'illustres auteurs, tant français qu'étrangers, se sont déjà exprimés sur cette question⁹⁷⁸, ainsi que sur des domaines similaires. Il nous importe cependant de donner bonne place à leurs analyses, dans le concert des opinions émises quant à l'impossibilité de créer de nouveaux critères⁹⁷⁹. Ainsi, Berthold GOLDMAN avait déjà envisagé le critère de l'effet anticoncurrentiel sur un marché, dans le Cours qu'il professa à l'Académie de Droit international de La Haye⁹⁸⁰. D'autres ont également emprunté cette voie, tels M. Georges VAN HECKE⁹⁸¹ ou M. le Professeur Jürgen BASEDOW⁹⁸². Traitant du droit de

⁹⁷² Voir GOLDMAN (B.), Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence, *R.C.A.D.I.*, 1969, III, Vol. 129, pp. 631 à 730.

⁹⁷³ Voir AUDIT (B.), Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la « crise » des conflits de lois), *R.C.A.D.I.*, 1984, III, Vol. 186, pp. 219 à 397, spécialement pp. 272 à 278.

⁹⁷⁴ Voir, à propos des lois antitrust, BASEDOW (J.), Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence, *R.C.A.D.I.*, 1997, I, Vol. 264, pp. 9 à 178, notamment pp. 28 à 35.

⁹⁷⁵ Voir BASEDOW (J.), *Op. cit.*, page 40 ; et voir AUDIT (B.), *Op. cit.*, pp. 298 à 299.

⁹⁷⁶ Voir BASEDOW (J.), *Op. cit.*,

⁹⁷⁷ Voir en ce sens GOLDMAN (B.), *Op. cit.*, page 648 pour l'exposé du postulat, et pp. 681 à 688 pour la démonstration ; voir également BASEDOW (J.), *Op. cit.*, pp. 41 à 45.

⁹⁷⁸ Voir en ce sens STOUFFLET (J.), CAMPET (Ch.), KOSZUL (M.), MORAN (P.), SARMET (M.), *L'activité des banques étrangères en France*, publications de l'université de Paris I Panthéon Sorbonne, série « droit privé », Presses Universitaires de France, Paris, 1975, et notamment la contribution du Doyen STOUFFLET, Problèmes juridiques posés par l'activité des banques étrangères en France, page 18.

⁹⁷⁹ Voir en ce sens LOUSSOUARN (Y.), Cours général précité, *loc. cit.*

la concurrence, ces trois auteurs se sont attachés à mettre en exergue le critère de l'effet sur le marché comme étant le plus pertinent à la mise en œuvre des dispositions de police régissant la matière qu'ils étudiaient⁹⁸³. Cet effet anticoncurrentiel constitue très exactement ce que les dispositions relatives à la concurrence souhaitent prohiber, parce qu'il s'agit d'une atteinte aux intérêts cruciaux de saine concurrence servis par les dispositions pertinentes. Par analogie, l'on peut affirmer que concernant les monopoles professionnels, les sanctions prononcées, quelle qu'en soit la nature – civile, pénale ou administrative – répriment les violations des interdictions d'exercer sans agrément ou d'utiliser certaines dénominations parce qu'elles portent atteinte aux intérêts cruciaux de préservation des intérêts de l'Etat et de protection des intérêts catégoriels de parties faibles. Dès lors que ces violations – c'est-à-dire ces atteintes aux monopoles précités et, surtout, aux intérêts cruciaux qu'ils défendent – se produisent, il convient de les localiser pour les qualifier, les sanctionner⁹⁸⁴ ou les prévenir. Les deux critères que nous venons de rapprocher sont des critères fonctionnalisés, c'est-à-dire obéissant à un but particulier de satisfaction d'intérêts jugés suffisamment importants, cruciaux. C'est très exactement en ce sens que la jurisprudence s'est construite : elle a mis en œuvre le critère de l'atteinte aux intérêts cruciaux lorsqu'elle a souhaité mettre en œuvre la théorie de la localisation appliquée aux dispositions de police.

2) L'utilisation du critère par la jurisprudence

550. Jurisprudence nationale. L'affaire de la Compagnie Générale des wagons-lits, que nous avons eu l'occasion de commenter, met en œuvre ce critère de l'atteinte aux intérêts préservés. En effet, cet arrêt du Conseil d'Etat a estimé qu'une entreprise devait, malgré la présence de son siège à l'étranger, constituer un Comité d'Entreprise car elle employait en France plus de cinquante salariés. Le Conseil d'Etat a motivé sa décision comme suit : « considérant qu'en vertu de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 22 février 1945 il doit être constitué dans toute entreprise industrielle et commerciale employant au moins cinquante salariés un comité d'entreprise [...] que le législateur a ainsi entendu assurer à tout travailleur employé dans les conditions ci-dessus indiquées l'exercice des droits reconnus par ladite ordonnance [...] que les dispositions de l'article 21 selon lesquelles le comité central se réunit au siège de l'entreprise doivent s'entendre, lorsque cette dernière a son

⁹⁸⁰ GOLDMAN (B.), *Op. cit.*, spécialement page 646.

⁹⁸¹ Voir VAN HECKE (G.), L'effet sur le marché comme facteur de rattachement du droit de la concurrence, in *Etudes de droit international privé en l'honneur de Pierre LALIVE*, Bâle-Francfort, éd. Helbing et Lichtenhahn, 1993, pp. 73 à 79

⁹⁸² Voir BASEDOW (J.), *op. et loc. cit.*.

⁹⁸³ Voir également en droit international privé portugais, MOURA RAMOS (R.M.), Droit international privé vers la fin du vingtième siècle : avancement ou recul ? – Rapport national, *Documentação e Direito Comparado*, 1998, n° 73/74, pp. 85 à 125, spécialement page 97.

⁹⁸⁴ Ce terme a pour l'instant une connotation générale, indépendante des branches du droit considérées : « sanctionner » sera donc simultanément synonyme de « réparer » et de « punir ».

siège social à l'étranger, comme visant le lieu d'exercice principal de ses activités d'employeur en France... ». A notre sens, à l'issue de ce rappel, il y a lieu de formuler un certain nombre d'observations. L'on remarquera tout d'abord la finesse de rédaction de cette décision, puisque le siège se distingue du siège social. Le siège de l'entreprise, en France, et selon le Conseil d'Etat, peut être autre chose que le siège social puisqu'il peut également signifier le développement d'une activité. Ensuite, l'on voit que le critère de l'atteinte aux intérêts préservés est indispensable à la motivation de l'arrêt. C'est parce qu'il y a un intérêt à préserver qu'il se peut qu'une atteinte y soit portée, ou qu'il existe un risque d'atteinte. Cette atteinte localisée – en l'espèce en France puisque en l'absence de comité d'entreprise, les salariés employés en France n'ont plus, à leur proximité, d'organes collectifs de représentation – il y a lieu d'ajouter que le critère d'efficacité du texte est conditionné par cette atteinte avérée ou potentielle. Visiblement, le Conseil d'Etat opte pour la localisation du lieu de l'exercice de l'activité d'employeur : c'est en effet bien cet exercice qui peut porter l'atteinte aux intérêts préservés, et non pas le fait que le siège social soit situé à l'étranger. Nous retrouverons ce critère dans les décisions relatives aux monopoles professionnels objets des présents débats. L'on perçoit nettement, donc, les deux catégories de critères – fondamental et d'application – que nous estimons utiles pour mettre en œuvre la théorie de la localisation aux dispositions de police. Nous pouvons enfin faire observer que le critère de l'atteinte aux intérêts cruciaux, tout comme celui d'application, sont liés aux comportements des acteurs, ce qui peut les rendre difficiles à saisir, parce qu'empreints de subjectivité, contrairement à la localisation dans l'espace d'un contrat ou d'une donnée tangible et plus concrète.

551. Jurisprudence communautaire – l'arrêt Arblade . Cet arrêt a décidément beaucoup d'importance à nos yeux, et la teneur et la qualité des commentaires suffisent à prouver qu'il est appelé à faire date. La comparaison qu'opère la C.J.C.E., dans cette décision, entre les deux législations en cause – la loi française et la loi belge – s'apparente, à notre avis, à la mise en œuvre du critère de l'effet ou de l'atteinte aux intérêts sous-jacents à la disposition de police pertinente. En effet, dans cette affaire, il a été indiqué que les raisons impérieuses d'intérêt général étaient seules à même de justifier une limitation apportée à la libre prestation de services⁹⁸⁵, si cet intérêt n'est pas préservé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre d'origine. Parmi ces raisons impérieuses d'intérêt général, la Cour range la protection, y compris sociale, des travailleurs⁹⁸⁶. Cet intérêt est susceptible d'atteinte, dans l'hypothèse, notamment, où le salarié employé en Belgique par un employeur dont le siège social serait également en Belgique bénéficierait d'une protection additionnelle dont les salariés détachés en Belgique par une entreprise dont le siège social est situé en France⁹⁸⁷. Il en résulte que sans une atteinte caractérisée, et surtout localisée dans la zone d'impérativité du texte – en l'espèce sur le territoire du Royaume de Belgique – l'emploi des salariés

⁹⁸⁵ Voir arrêt Arblade précité, point 34.

⁹⁸⁶ *Ibidem*, point 36. Il est observé qu'une confusion est faite, à notre sens, entre intérêt général – l'intérêt de tous – et intérêt catégoriel – l'intérêt d'une fraction, d'une catégorie.

⁹⁸⁷ *Ibidem*, point 54.

français en Belgique n'a pu être attiré par les dispositions relatives à la protection sociale des travailleurs sur le territoire belge.

552. Conclusions sur la recherche du critère fondamental. Ce critère est fondamental à plus d'un titre. Il l'est, d'abord, parce qu'il justifie que le caractère impératif des textes en cause soit contraint à se manifester. A défaut d'atteinte aux intérêts cruciaux, en effet, et même si le comportement considéré n'est pas régulier, il ne pourra être donné suite aux velléités d'application impérative du texte qui sert ces intérêts. La jurisprudence française de la Compagnie générale des wagons-lits et l'arrêt Arblade en sont deux exemples marquants. Il l'est ensuite au sein même de la construction que nous tentons de mettre en évidence. A cet égard, M. le Professeur Bernard AUDIT enseigne que « puisque le rapport de droit n'est pas une réalité tangible mais une construction de l'esprit, sa localisation va s'opérer à partir des éléments matériels qu'il prend en considération ou des événements qui lui donnent naissance »⁹⁸⁸. Si le critère fondamental permet d'opérer une première sélection parmi les législations qui prétendent s'appliquer impérativement à une situation donnée, il ne paraît pas suffisant à lui seul. Il faut, pour que la démarche soit complète, s'appuyer sur des critères prenant en compte la dimension physique de l'atteinte considérée. C'est en cela que le critère de l'atteinte n'est que fondamental : il ne constitue qu'un premier filtre permettant de mettre en œuvre les dispositions impératives applicables aux monopoles bancaires et financiers. Nous allons voir que ces critères permettant la mise en œuvre du critère fondamental ne seront pas les mêmes selon la branche du droit concernée par l'atteinte.

B) Mise en œuvre du critère de l'atteinte aux intérêts cruciaux sous-jacents aux monopoles professionnels selon les différentes branches du droit.

553. La préservation des intérêts cruciaux sous-jacents des monopoles professionnels, une finalité aux multiples visages. Lorsque la loi bancaire ou la loi M.A.F. interdisent aux établissements et prestataires non agréés d'exercer les activités réglementées par ces textes, elles visent à préserver les intérêts de l'Etat et ceux des déposants, des investisseurs – en ce compris la désormais célèbre mais finalement si proche Veuve de Carpentras. Or, deux éléments concourent à ce que l'atteinte puisse receler des situations diverses. D'abord, la notion d'exercice d'une activité peut receler plusieurs éléments : la publicité, l'offre de contracter, la conclusion d'un – ou plusieurs – contrats, leur exécution. Ensuite, toutes les branches du droit ne concourent pas à la préservation des mêmes intérêts, et ne prévoient pas du tout les mêmes atteintes, ni les mêmes sanctions. Ainsi, le droit civil, régissant les rapports privés, s'attaquera aux atteintes issues de ces rapports privés, en vue de les réparer. Le droit pénal, quant à lui, régissant le comportement docile de l'individu – personne physique ou morale – au sein de la société organisée, visera à sanctionner – et non plus seulement réparer, ou alors de manière accessoire – les atteintes portées à l'encontre de la sécurité de cette société. Compte tenu du caractère infamant des sanctions prononcées, il faut que la situation soit qualifiée d'infraction. Enfin, le droit administratif visera à garantir l'intégrité des acteurs

⁹⁸⁸ Voir en ce sens AUDIT (B.), Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la « crise » des conflits de lois), *R.C.A.D.I.*, 1984, III, Vol. 186, pp. 219 à 397, spécialement page 272.

exerçant les activités bancaires et financières. La démarche pourra donc être non plus une sanction au sens pénal du terme, mais une sorte d'exclusion – temporaire ou définitive – du groupe professionnel. Mais elle pourra également viser à la solidité des acteurs, car elles sont consécutives à un contrôle, sur pièces ou sur place. Utiliser le critère de l'atteinte ou de l'effet néfaste pour mettre en œuvre les dispositions régissant l'accès aux monopoles professionnels étudiés conduit donc à bien distinguer chaque type d'atteinte. Et les trois branches du droit que nous venons d'évoquer sont concernées par certains types d'atteintes, ou par certains risques seulement. C'est pour cela que comme a pu l'affirmer le Doyen STOUFFLET⁹⁸⁹, la vision pénaliste de la localisation – qui emprunte, rappelons-le, aussi bien aux critères personnels⁹⁹⁰ qu'aux critères territoriaux – ne saurait être transposée à toutes les branches du droit. Il précisait en effet que : « certaines lois répressives – a-t-on écrit – ont pour fin directe, non la protection sociale, mais la garantie d'intérêts individuels. De telles lois devront s'appliquer quel que soit le lieu où il a été fait grief à l'intérêt protégé. Leur domaine d'application se détermine conformément aux principes du droit international privé. Sous cette forme, l'application du droit étranger se heurte à une objection décisive tirée de la fonction de la loi pénale que méconnaît le point de vue précédent. Que la loi répressive assure la protection d'intérêts individuels, cela n'est pas douteux ; mais c'est dans la mesure seulement où l'atteinte portée à ces intérêts retentit d'une façon appréciable sur l'ordre social qu'une sanction pénale s'impose. C'est par conséquent la fonction directe de la loi pénale, et non le rôle qu'elle peut remplir indirectement à l'égard d'intérêts individuels qui doit être prise en considération pour la détermination de son domaine d'application dans l'espace ». Tout est dit, et l'on vient trop tard... Relativement aux monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement, c'est très exactement cette distinction que nous opérerons entre droit civil, droit pénal et droit administratif, en nous concentrant sur la fonction directe de chacune de ces branches du droit. C'est la découverte de cette fonction qui nous permettra de mieux rechercher les critères d'application nécessaire à la localisation des atteintes aux monopoles professionnels étudiés.

1) Le critère de l'atteinte à l'aune du droit civil

554. L'intérêt à défendre : la protection de la partie faible. Un prestataire ou un établissement de crédit non agréé n'offre pas la certitude qu'il présente toutes les qualités requises pour l'exercice de la profession intéressée. Le risque est qu'il n'offre pas les garanties nécessaires, et que de ce fait, il lui soit possible d'occasionner un préjudice à une partie profane. Nous avons vu que toutes les chambres de la Cour de cassation n'accordaient pas le même crédit à cet intérêt, la première chambre civile refusant encore d'y adhérer à ce jour. C'est donc à travers l'étude de la jurisprudence de la chambre commerciale ou de la chambre criminelle qu'il faudra apprécier comment ce critère de l'atteinte aux intérêts cruciaux a pu être mis en œuvre pour appliquer les dispositions

⁹⁸⁹ Voir en ce sens STOUFFLET (J.), Rapport au VIII^{ème} Congrès international de droit pénal, *R.I.D.P.*, 1960, pp. 515 à 526, spécialement page 518.

⁹⁹⁰ Nous verrons que concernant les monopoles professionnels, les critères personnels sont purement et simplement inadaptés. Voir nos développements, *infra* n° 577.

relatives aux monopoles bancaires et financiers à des actions civiles. L'on peut dégager deux types d'atteintes aux intérêts sauvegardés, d'après la distinction que nous avons établie quant aux objectifs vers lesquels l'action civile peut tendre.

555. Première atteinte aux intérêts préservés : la survenance d'un préjudice.

Cette notion ne recouvrira pas les mêmes éléments de fait selon que l'on se situe dans le cadre d'une atteinte aux monopoles relatifs aux opérations ou bien dans l'hypothèse d'une atteinte au monopole des dénominations. En effet, en cas d'atteinte aux monopoles des opérations, il se pourra qu'une atteinte aux intérêts de l'épargnant ou du déposant résulte d'une situation d'insolvabilité du banquier à qui il est demandé de restituer les fonds déposés, ou encore d'une situation de déconfiture dudit banquier. En effet, l'absence d'agrément concernant telle ou telle activité escamote toute procédure de suivi par les autorités compétentes telles que le C.E.C.E.I. Partant, il est tout à fait possible qu'un particulier qui confie ses économies à un prestataire qui dépose son bilan par la suite subisse un préjudice du fait que le prestataire n'est plus en mesure de restituer les deniers à lui confiés. En revanche, en cas de violation du monopole des dénominations, le même préjudice peut survenir en cas de dépôt de bilan du prestataire, mais dans cette hypothèse, l'on peut affirmer avec MM. Frédéric PELTIER et Édouard FERNANDEZ-BOLLO, que le consentement à contracter avec le prestataire a été extorqué par dol⁹⁹¹.

556. Seconde atteinte aux intérêts préservés : la réalisation d'une opération contractuelle ou précontractuelle dont la validité est douteuse. Nous avons observé plus haut⁹⁹² que la théorie de la cause pouvait éventuellement justifier la nullité de l'opération conclue au mépris des règles instituant les monopoles bancaires et financiers. Or, nous dit l'adage, quod nullum est nullum producit effectum. Cela veut dire qu'un particulier ou une entreprise qui a conclu un contrat de prêt avec un établissement non agréé, par exemple, est engagé à rembourser des sommes qu'il a perçues sur la base d'une obligation entachée de nullité : cette nullité peut remettre en cause le financement d'un projet. L'on peut donc énoncer qu'il y aura là un préjudice, susceptible d'indemnisation.

557. Conséquence directe : le double objectif de la sanction. Les sanctions civiles du monopole des prestataires de services d'investissement ou des établissements de crédit ont pour finalité de réparer le préjudice subi et éviter son apparition ou son renouvellement d'une part, et d'assurer la validité et la sécurité juridique des transactions d'autre part. C'est en tout cas ainsi que l'entend la doctrine, puisque MM. PELTIER et FERNANDEZ-BOLLO⁹⁹³ l'indiquent clairement, tout autant que Mme et M. les Professeurs Thierry BONNEAU et France DRUMMOND⁹⁹⁴. La position de la

⁹⁹¹ Voir PELTIER (F.) et FERNANDEZ-BOLLO (E.), *Juriscl. Banque et crédit*, Fasc. 50, Structures, réglementation, et contrôle public des professions bancaires, Structures et conditions d'accès, spécialement n° 34.

⁹⁹² Voir nos développements, *supra* n° 510.

⁹⁹³ Voir PELTIER (F.) et FERNANDEZ-BOLLO (E.), *op. et loc. cit.*.

⁹⁹⁴ Voir BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (F.), *Droit des marchés financiers*, Economica, Paris, 2001, page 509, n° 638.

jurisprudence commerciale va en ce sens.

558. Position de la jurisprudence commerciale sur les monopoles des opérations – rejet du critère. Dans l'arrêt MAYADE, rendu par cette formation le 13 mars 2001⁹⁹⁵, la Chambre commerciale avait à trancher la question de la nullité du prêt consenti à des emprunteurs français, implantés sur le territoire français, par une banque dont le siège est en Belgique. Le second des moyens de cassation soulevés par la banque requérante, une société de droit belge, consistait à dire que les dispositions de l'article 3 n'étaient pas satisfaites. Selon le moyen invoqué, les lois de police et de sûreté obligent seulement ceux qui habitent le territoire. Dès lors que la banque n'avait pas d'implantation physique en France, il ne pouvait être fait application de ce texte. La Chambre commerciale a balayé cette argumentation, en s'appuyant sur le fait que le prêt avait été conclu avant l'entrée en vigueur de la directive 89/646/C.E.E., et que partant, la banque devait avoir obtenu l'agrément du C.E.C.E.I pour exercer en France. Pour réfuter cette argumentation, la Chambre commerciale s'est appuyée sur la localisation du contrat en litige seulement : elle a rejeté le critère du siège du prestataire. Il est logique que l'argumentaire développé par la Cour se limite à la portion congrue, car elle ne répond pas exactement à la critique formulée à propos du critère du siège : elle refuse tout simplement de l'appliquer. Mais il y a lieu, à notre sens, d'y voir une application pure et simple du critère de l'atteinte aux intérêts préservés, focalisé autour de l'exercice illégal en lui-même. Le contrat irrégulièrement conclu – et exécuté par le banquier – matérialise à lui seul cet exercice illégal, et donc cette atteinte, ce qui n'est pas le cas du critère du siège social du prestataire. Un arrêt rendu par cette même formation, en date du 11 janvier 2000, avait déjà opéré en relevant le critère de l'atteinte, justifiée par la localisation de l'exercice de la profession plutôt que celui des contrats eux-mêmes – puisqu'elle avait admis que l'offre de prêt, adressée en France par la Banque belge, l'acceptation émise en France et la souscription d'une convention en France par les emprunteurs pouvaient matérialiser l'exercice de la profession, indépendamment, donc, du lieu de signature de l'instrumentum du contrat – la Banque l'ayant signé en Belgique⁹⁹⁶. De même, une série d'arrêts de la chambre commerciale, en date du 9 avril 2002, a précisé que l'activité nécessitant un agrément consistait en « l'octroi de prêts hypothécaire en France »⁹⁹⁷. C'est donc davantage sur l'offre de prestations et sur l'exécution du contrat⁹⁹⁸ éventuel que s'appuie la chambre commerciale pour situer géographiquement l'exercice de l'activité. Il est intéressant, par ailleurs, de constater que M. Pierre-Henri CASSOU envisage que ce critère de l'exercice de l'activité intervienne en France pour justifier de

⁹⁹⁵ Voir Cass. Com. 13 mars 2001, formation restreinte, HSA Banque d'épargne c/ Mayade, *CD-Rom lexilaser Cassation*, Arrêt n° 521, pourvoi n° 96-20.840, D., 2001, n° 3, Jurisprudence, pp. 305 à 306, Note CHEVRIER (E.) ; et R.J.D.A. 2001, n° 801.

⁹⁹⁶ Voir Cass. Com. 11 janvier 2000, Chemoul c/ Banque du crédit liégeois, in *CD-Rom lexilaser Cassation*, Juridisque LAMY, Arrêt n° 121, pourvoi n° 97-12.008.

⁹⁹⁷ Voir Cass. Com., 9 avril 2002, pourvoi n° 98-20097, 20098, 20099, 20100.

⁹⁹⁸ Voir, pour la mise en œuvre de ce critère aux contrats en général, sous le vocable d'actes d'exécution, DEBY-GERARD (F.), *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Thèse, Dalloz, Paris, 1973, page 53, note 19.

l'octroi d'un agrément⁹⁹⁹.

559. Position de la jurisprudence commerciale sur les monopoles des dénominations. S'agissant des monopoles – bancaires ou financiers – des dénominations, la Chambre commerciale a assez peu eu l'occasion de s'exprimer, et ce aussi bien quant aux activités bancaires que concernant les activités financières. Il pourrait être intéressant de connaître la position de cette chambre eu égard à ce monopole particulier quelque peu délaissé¹⁰⁰⁰.

560. Conséquence : l'atteinte à localiser est fonction de l'objectif de la procédure initiée. De ce qui précède, il résulte que l'atteinte aux intérêts cruciaux ne se manifesterait pas de la même manière selon l'objectif de la procédure initiée, ni selon le type d'interdiction bafouée. Cela étant, il s'agit toujours d'atteinte aux intérêts cruciaux, sorte de plus petit multiplicateur commun d'une réalité au contenu très diversifié.

2) Le critère de l'atteinte à l'aune du droit pénal

561. L'intérêt à défendre : la protection des intérêts de l'Etat. Il s'agit d'assurer le parfait fonctionnement d'un système vital pour l'économie, car la circulation de la monnaie et la transparence des systèmes de financement contribuent à la formation des agrégats monétaires, indicateurs de la santé du pays. M. le Professeur Wilfrid JEANDIDIER observe que l'édiction d'interdits sanctionnés pénalement est « la seule garantie plausible pour assainir un domaine de prédilection pour le vice »¹⁰⁰¹. Il apparaît opportun d'effectuer quelques rapides rappels historiques pour comprendre la gravité de l'atteinte portée à l'économie par un établissement de crédit ou un prestataire non contrôlé a priori et pendant son exercice¹⁰⁰². La débâcle qu'a connue notre pays et à peu près tous les pays du monde – sauf l'U.R.S.S. – lors de la crise de 1929 provient du fait, selon M. DAUPHIN-MEUNIER, que les banques ont, par leur politique trop hardie, provoqué le krach boursier de Wall Street. Et les banques n'en ont pas ressenti immédiatement les effets. L'opinion s'émeut en Europe, et des commissions sont chargées par les gouvernements d'alors d'examiner la politique des banques, et de relever les erreurs qui ont pu l'influencer¹⁰⁰³. A l'occasion de scandales retentissants, les commissions

⁹⁹⁹ Voir CASSOU (P.H.), *Recueil des textes relatifs à l'exercice des activités bancaires et financières*, CRBF et Banque de France éditeurs, 2000, page 266, section 11.1.

¹⁰⁰⁰ La doctrine n'est guère plus prolix. Mme DUCOULOUX-FAVARD, par exemple, ne fait que mentionner son existence, sans toutefois aller plus loin que le rappel du texte. Voir DUCOULOUX-FAVARD (C.) (sous la direction de), *Droit pénal des affaires*, Lamy, Paris, 2002, n° 727, page 321.

¹⁰⁰¹ Voir JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, 4^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2003, n° 59.

¹⁰⁰² Sur ces éléments historiques, voir DAUPHIN-MEUNIER (A.), *La banque à travers les âges – historique anecdotique*, t. 2, Banque éditeur, Paris, 1937.

¹⁰⁰³ Ainsi en est-il du Comité Mac-Millan en Angleterre, qui a œuvré de 1929 à 1931, du Comité Bernhard en Allemagne, de la Commission d'enquête parlementaire en France.

d'enquête en question font comparaître devant elles les banquiers, qui prennent figure d'accusés. Leurs conclusions sont saisissantes, tout autant qu'alarmantes : « crise des compétences et des états-majors du capitalisme, les erreurs commises dans le domaine du crédit dépassent toute vraisemblance »¹⁰⁰⁴. Il est alors trop tard pour remettre le secteur debout, à tel point que les banques vont essuyer des pertes colossales. L'Etat a donc du réorganiser le secteur bancaire, le doter d'un cadre juridique aux fins de prévenir les abus, et subordonne les actes des banques aux nécessités de l'intérêt général. La France n'a pas été épargnée. Depuis 1929, certains signes avant-coureurs de difficultés économiques majeures n'avaient pas ému le secteur bancaire. C'est ainsi qu'en 1930, la Banque Adam, de Boulogne sur Mer, l'une des plus anciennes et importantes banques régionales, sauta. Le rayonnement de cette banque était considérable, eu égard à l'implantation de ses succursales à travers toute la France. Elle avait négligé ses propres erreurs de gestion, et mal perçu la gravité des difficultés économiques : elle avait avancé des sommes importantes à son principal actionnaire et administrateur, le banquier OUSTRIC, homme d'affaires à la réputation et aux méthodes sulfureuses. Cette déconfiture en annonçait bien d'autres, ce qui a conduit à une inévitable perte de confiance des déposants¹⁰⁰⁵, et ce qui conduisit l'Etat français, comme d'autres, à réglementer l'activité bancaire¹⁰⁰⁶. Il faut dire que la crise qu'a traversée le secteur bancaire à cette époque a mis au jour des failles et des pratiques condamnables. Ce phénomène ne s'est pas arrêté aux frontières françaises, ce qui permet d'apprécier et de souligner son importance¹⁰⁰⁷. Ces rappels historiques permettent de mieux comprendre pourquoi il est apparu nécessaire de soumettre l'activité bancaire au contrôle de l'Etat, et pourquoi, surtout, ce contrôle est assorti de sanctions pénales.

562. L'atteinte aux intérêts préservés. Compte tenu de la gravité des conséquences auxquelles l'absence de réglementation a pu conduire, il semble logique que l'interprétation de l'atteinte aux intérêts de l'Etat puisse se départir de la survenance d'un dommage aussi marqué que celui que nous venons d'exposer. C'est afin d'éviter une telle débâcle que les – lourdes – sanctions pénales ont été mises en place : dès lors, l'atteinte pourra se mesurer en termes de risque, et la démarche aura sans doute un caractère préventif. A notre sens, en effet, et compte tenu de ce qui précède, les sanctions pénales ont pour vocation d'empêcher l'exercice illégal de la profession, pour protéger l'un des rouages les plus sensibles de l'économie du pays. Le but est d'éviter que la débâcle exposée ci-avant ne se reproduise. C'est ce que M. le Professeur JEANDIDIER appelle l'exclusion des indésirables¹⁰⁰⁸. MM. les Professeurs Jean

¹⁰⁰⁴ Voir LESCURE (J.), *Des crises générales et périodiques de surproduction*, 4^{ème} éd., 1934, Paris, page 348, cité par DAUPHIN-MEUNIER (A.), *Op. cit.*, page 391.

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*, page 399, et la photographie de la Banque Adam, le jour de la fermeture des guichets.

¹⁰⁰⁶ Sur le déroulement de cette crise, voir DAUPHIN-MEUNIER (A.), *Op. cit.*, pp. 399 à 401.

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*, pp. 391 à 409.

¹⁰⁰⁸ Voir JEANDIDIER (W.), *Op. cit.*, n° 60.

LARGUIER et Philippe CONTE précisent également que les sanctions ont pour objet d'assurer l'honorabilité de la profession¹⁰⁰⁹. Il est vrai que l'honorabilité de la profession était loin d'être assurée, lorsqu'en 1928, 126 banquiers étaient détenus à la prison de la Santé et pouvaient dès leur libération, et sans l'intervention d'un comité post-pénal inconnu à cette époque, reprendre leur activité, d'autant que certains d'entre eux ont pu être frappé, simultanément, de pas moins de douze condamnations à leur actif...¹⁰¹⁰. Assurer l'honneur de la profession a pu être un objectif de la sanction, parce qu'elle garantit la confiance des déposants, des emprunteurs, et autres personnes qui recourent aux services bancaires et financiers. Mais compte tenu de nos rappels historiques, il semble que ce soit davantage dans l'optique d'assurer la solidité, la bonne santé du secteur bancaire et financier, et par conséquent, d'éviter que ces secteurs ne soient de nouveau la source de graves difficultés économiques qu'il faut rechercher les raisons du dispositif adopté en 1941, et remodelé à la faveur des lois bancaire et de Modernisation des Activités Financières. Ce caractère préventif des sanctions, lequel résulte de la gravité des dommages et de la volonté étatique de les éviter, conduit à rejeter purement et simplement le critère du lieu du dommage, pour lui préférer le lieu de l'acte, du moins en principe. C'est ce qu'il convient de vérifier.

563. Les modalités du choix entre le lieu de l'acte et le lieu du dommage. M. le Professeur Pierre BOUREL a eu l'occasion de montrer l'importance relative de ces critères et les difficultés qu'ils ont suscitées¹⁰¹¹. Dans ses travaux, il indique que la *lex loci delicti commissi* a constitué la règle, mais qu'elle serait toutefois assortie d'exceptions, dans le cadre de certains délits spéciaux¹⁰¹², et que sa suprématie a été rudement mise à mal par les « coups de boutoir répétés que lui ont portés les écoles anglo-américaines de la *proper law* et du fonctionnalisme »¹⁰¹³. Cet auteur précise ensuite que réaliser le choix entre le critère du lieu de l'acte et celui du dommage, que certains auteurs suggèrent cependant¹⁰¹⁴, n'est pas forcément la solution optimale, et qu'une autre approche peut être tentée¹⁰¹⁵. En effet, la dissociation entre le lieu de l'acte

¹⁰⁰⁹ Voir LARGUIER (J.) et CONTE (P.), *Droit pénal des affaires*, 9^{ème} éd., Armand Colin, 1998, page 277. Le professeur LARGUIER, dans une contribution ancienne, qualifiait l'interdiction d'exercer la profession bancaire de mesure de sûreté, et même d'assainissement. Voir LARGUIER (J.), La nature juridique de l'interdiction d'exercer la profession bancaire, in *Etudes de droit Commercial à la mémoire de Henry CABRILLAC*, librairies techniques, Paris, 1968, pp. 333 à 344, spécialement page 340.

¹⁰¹⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹¹ BOUREL (P.), Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1989, II, Vol. 214, pp. 251 à 398, spécialement pp. 391 à 398.

¹⁰¹² *Ibidem*, page 262.

¹⁰¹³ *Ibidem*, page 263 ; voir également, pour le constat de la crise de la règle de la *lex loci delicti commissi*, KAHN-FREUND (O.), Delictual liability and the conflict of laws, *R.C.A.D.I.*, 1968, II, Vol. 124, pp. 1 à 166, spécialement pp. 36 à 62.

¹⁰¹⁴ Voir BOUREL (P.), *op. et loc. cit.*.

¹⁰¹⁵ *Ibidem*.

dommageable et le lieu du dommage peut s'avérer malaisée. Dès lors, M. le Professeur Pierre BOUREL propose de localiser l'infraction sur la base du domicile de la victime, concernant les délits relatifs à l'atteinte à la vie privée de la personne ¹⁰¹⁶. Cet auteur observe que ce critère « exprime le mieux le siège des intérêts en cause, correspond à la localisation du dommage essentiellement moral qu'a pour but de réparer l'action en responsabilité pour violation de la vie privée d'une personne, assure enfin la centralisation en un lieu unique des différentes atteintes commises dans plusieurs pays ». Il ajoute que ce critère est préférable à celui mis en exergue par M. le Doyen Jacques MESTRE, dit de l'élément caractéristique du délit. Selon nous, il s'agit là d'une application du critère de l'atteinte aux intérêts cruciaux : la particularité de l'atteinte à la vie privée est de produire une – ou plusieurs – victimes. En localisant ces victimes dans l'espace, l'on s'attaque aux conséquences de la commission du délit et non à son processus d'élaboration.

564. L'importance des conséquences de la commission du délit dans la recherche des éléments constitutifs de l'infraction pénale. Un auteur ¹⁰¹⁷ a clairement montré que les effets d'une infraction pouvaient, dans certaines hypothèses, se révéler être des éléments constitutifs de l'infraction. Il s'appuie sur les atteintes au droit de la concurrence pour fonder son propos. Selon lui, ce n'est pas seulement, par exemple, l'accord conclu en vue de ne pas vendre au dessus d'un certain prix ou de ne pas vendre du tout dans un pays déterminé qui constitue l'infraction : c'est le fait de suivre, dans les faits, ces comportements ¹⁰¹⁸. Ce raisonnement peut pareillement s'appliquer aux monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement. Ainsi, le fait de proposer des prestations sur un territoire sans agrément peut constituer l'infraction, mais il en va de même du fait de les fournir, sans agrément. Il ne faut toutefois pas s'y tromper : c'est davantage l'exécution du contrat, ou de la démarche d'offrir des services ¹⁰¹⁹ que l'on sanctionne : c'est ce que l'on peut englober sous ce que nous avons appelé la réalisation d'opérations.

565. Application aux monopoles bancaires et financiers. Sur le plan pénal, les sanctions visant au respect des monopoles précités ont pour objet, avons-nous dit, de préserver les rouages essentiels de l'économie du pays, et également de permettre au public d'avoir confiance dans le système bancaire. Dès lors, il peut paraître assez incongru d'envisager la notion de domicile de la victime comme facteur de localisation des infractions. En effet, il se peut que l'atteinte aux monopoles bancaires et financiers n'en fasse aucune, nommément, et soit pourtant condamnable sur le plan pénal. De plus, nous avons observé que les dommages subis pouvaient être tellement importants pour l'économie du pays qu'il convient de ne pas attendre sa survenance pour réagir. Il n'y a

¹⁰¹⁶ *Ibidem*, page 395.

¹⁰¹⁷ Voir GOLDMAN (B.), Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence, *R.C.A.D.I.*, 1969, III, Vol. 129, pp. 631 à 730, spécialement pp. 700 et 701.

¹⁰¹⁸ *Ibidem*, page 701.

¹⁰¹⁹ Pour l'usage de ce critère en matière de démarchage financier, voir Cass. Crim. 11 mai 2000, n° 3140 PF, B et K, *Bull. Joly bourse*, 2000, § 94, pp. 458 à 462, Note, GRANIER (Th.).

donc pas de relation systématique de cause à effet entre le processus de commission du délit d'exercice illégal de la profession de banquier ou d'entreprise d'investissement et la présence de victimes, à l'inverse du délit d'atteinte à la vie privée. Il semble toutefois logique d'affirmer que lorsque victime il y aura, le critère déployé par M. le Professeur BOUREL peut recevoir notre approbation si ladite victime exerce l'action civile devant la juridiction répressive. En revanche, en l'absence de victime avérée et domiciliée dans la zone d'impérativité du texte pertinent, il conviendra de s'intéresser au risque d'atteinte résultant du comportement incriminé sur l'ordre socio-économique considéré.

566. Conséquence : la double nature du critère de l'atteinte sur le plan pénal.

De ce qui précède, il y a lieu de conclure que l'atteinte aux monopoles bancaires et financiers, sur le plan pénal, nécessite de s'attaquer, là encore, aux conséquences de la commission du délit. La chambre criminelle a admis que les particuliers pouvaient être des victimes susceptibles d'intenter une action civile à fins indemnitaires devant les juridictions répressives. Par ailleurs, en l'absence de victime identifiée, l'atteinte aux intérêts sauvegardés résultera de l'exercice lui-même, et il conviendra donc de s'intéresser aux activités déployées : il y a donc, selon nous, un retour de la *lex loci delicticommissi*.

3) Le critère de l'atteinte à l'aune du droit administratif

567. L'intérêt à défendre : l'intégrité et la probité d'une profession. Les dispositions de la loi bancaire qui visent au prononcé de sanctions administratives étaient contenues dans un titre II, consacré, entre autres choses et selon M. Jacques DELORS, à la rénovation des institutions chargées de prendre les décisions individuelles qui prolongent la réglementation bancaire qu'elles édictent¹⁰²⁰. Les travaux préparatoires de la loi M.A.F. aboutissent à une conclusion identique. Ainsi, le projet de loi déposé par M. Jean ARTHUIS¹⁰²¹ vise à assurer une responsabilité collective de l'ensemble de la place dont le Conseil des Marchés Financiers est l'expression¹⁰²². Le projet souhaitait que les entreprises d'investissement disposent d'autorités d'agrément, de réglementation et de contrôle adaptées à leurs spécificités. Ces autorités servent tout à la fois les buts de protection des intérêts de l'Etat et de protection des parties faibles. Mais à l'aune du droit administratif, ces dispositions visent à la protection de la profession elle-même. Il convient, pour mesurer la nature de l'intérêt préservé par les dispositions mettant en place les sanctions administratives de la violation des monopoles bancaires et financiers, de rappeler la nature des institutions qui ont la charge de défendre cet intérêt crucial de probité et d'intégrité.

568. L'atteinte aux intérêts préservés et déduction du critère. Partant de ce qui précède, il y a lieu de conclure que l'atteinte au monopole bancaire emportera ses conséquences, au regard du droit administratif, sur l'intégrité et la probité de la profession.

¹⁰²⁰ Voir en ce sens le projet de loi présenté par M. Jacques DELORS, J.O. Sénat, n° 486 (1983-1984).

¹⁰²¹ Voir le texte du projet ARTHUIS au J.O. Sénat, (1995-1996), n° 157.

¹⁰²² *Ibidem*, page 4, n° 3.

Cela peut susciter des réactions violentes des partenaires économiques : désaffection, ralentissement de l'épargne... A cet égard, il y a lieu d'insister sur le double objectif, préventif et curatif, des sanctions : le respect de l'image et de la pérennité des professionnels intéressés. Dès lors, quels éléments sont susceptibles de porter une telle atteinte ? Il semble qu'encore une fois, il s'agisse du lieu d'exercice de l'activité. C'est d'un comportement, soit un ensemble de faits juridiques, que résulte l'atteinte.

569. Conclusions sur le critère dit de l'atteinte aux intérêts cruciaux . Deux conséquences majeures découlent de ce qui précède. D'abord, il y a lieu de voir dans l'atteinte bien plus qu'une condition préalable à la mise en œuvre de la localisation. En effet, la jurisprudence s'appuie sur la localisation de l'atteinte aux intérêts cruciaux protégés par les dispositions pertinentes pour la sanctionner, au sens large du terme. Cela semble logique, et permet de tenir compte de la nature particulière des dispositions de police : elles visent à protéger des intérêts jugés cruciaux, il est donc normal que l'on soit conduit, en premier lieu, à situer dans l'espace les atteintes qui y sont portées. Ensuite, cette atteinte peut prendre plusieurs formes, pour plusieurs raisons. D'abord, l'atteinte résulte de l'exercice de l'activité professionnelle, et cet exercice recouvre, à notre sens, aussi bien l'offre de contracter que la formation du contrat, et même l'exécution du contrat. Ensuite, cette atteinte peut prendre plusieurs visages selon la branche du droit intéressée, parce que les intérêts cruciaux à préserver diffèrent selon les textes. Cette diversité fait que le critère de l'atteinte ne peut suffire, à lui seul, à parachever la démarche de localisation, mais il en constitue le nécessaire premier volet, le critère fondamental ou « critère - cadre ». Il est indispensable, pour mener le raisonnement jusqu'à son terme, que l'on s'intéresse aux critères dits d'application, lesquels se distinguent en fonction du territoire intéressé, et qui constituent une véritable déclinaison du critère fondamental.

§ - 2 La déclinaison des critères d'application en fonction du territoire intéressé

570. Conséquence de la pluralité de textes applicables sur un territoire. Nous avons établi, lors de nos précédents développements, que l'établissement de crédit ou le prestataire de services d'investissements qui désire s'implanter ou plus largement exercer en France sera simultanément soumis à des textes émanant de divers ordres juridiques, ce que nous avons appelé partie Or, ces textes ne sont pas tous rédigés de la même façon, nous avons également montré à quel point cela pouvait avoir des conséquences sur les zones d'application spatiale des différents textes. Il en va de même des critères permettant aux dispositions de police que les textes contiennent de s'appliquer de manière impérative.

A) Les critères issus du droit national

571. Influence de l'origine communautaires des textes nationaux sur la compréhension de la notion d'activité – distinction. Nous avons vu que l'activité constituait la pierre angulaire de la démarche de localisation que nous proposons de mener. Les textes français doivent être consultés pour tenter d'y voir plus clair. La première observation à formuler est que l'article L.511-5 du code monétaire et financier

est silencieux sur les critères d'application, tout comme il l'est sur la zone géographique d'application de l'interdit qu'il établit. Il faut, pour avoir une évocation de certains critères d'application, se reporter aux articles L.511-22 et L.511-23 du code monétaire et financier concernant le secteur bancaire, et aux articles L.532-17, L.532-18, L.532-23 et L.532-24 du même code. L'analyse de ces textes – tous relatifs à l'exercice de la liberté d'établissement ou de la libre prestation de services sur le territoire des Etats parties à l'accord sur l'Espace Economique Européen, fait apparaître que les critères leur permettant de s'appliquer géographiquement sont de deux nature. Certains critères concernent le prestataire, d'autres concernent les opérations qu'ils réalisent. Ces deux éléments composent, selon nous, l'exercice de l'activité. Pour mieux comprendre la portée de cette première distinction, il convient de se pencher sur l'importance de l'influence des dispositions communautaire sur les critères prévus par le droit français. Au delà même des différences de rédactions, il faut, pour considérer les différences existant entre les textes, se rappeler que les dispositions françaises étaient, dans leur version originelle, muettes quant à leur application territoriale. Il a fallu que les dispositions communautaires s'immiscent dans les textes français pour qu'une modification de rédaction soit envisageable sur ce point. L'on comprendra donc que les dispositions françaises aient une double nature : elle est jurisprudentielle lorsqu'il s'agit d'évoquer la localisation de l'exercice de l'activité ; et elle est textuelle lorsqu'il s'agit de situer les prestataires dans l'espace. Nous envisagerons cette différenciation entre critères textuels et jurisprudentiels, à l'aune de la distinction sus évoquée, entre les critères relatifs aux prestataires, et ceux relatifs aux activités qu'ils développent. Nous aurons l'occasion de montrer que chaque catégorie de ces critères joue un rôle différent.

1) Les critères relatifs aux prestataires.

572. Critères textuels relatifs au prestataire – rôle. D'abord, l'article L.532-2 du code monétaire et financier dispose que pour délivrer l'agrément à une entreprise d'investissement, le C.E.C.E.I vérifie un certain nombre d'éléments, et notamment le fait que ladite entreprise a bien son siège social et son administration centrale en France. Il faut bien comprendre la portée de ce texte : si le prestataire ou l'une de ses succursales – à l'exclusion des filiales – est déjà agréé dans un autre Etat partie à l'Espace Economique Européen, point n'est besoin que le C.E.C.E.I. intervienne pour octroyer l'agrément puisque la reconnaissance mutuelle y pourvoit. Ensuite, la notion de siège social revient systématiquement, dans tous ces textes. Mais il ne faut pas s'y tromper. En effet, il ne s'agit plus forcément de sanctionner une atteinte aux monopoles professionnels étudiés : il s'agit de vérifier si le prestataire est en droit de bénéficier de la reconnaissance mutuelle des agréments. Pour ce faire, et outre les conditions relatives aux activités exercées, qui doivent pouvoir, en vertu des textes communautaires, en bénéficier, le prestataire doit avoir son siège social dans l'un des Etats parties à l'accord sur l'E.E.E., y compris, donc, en France et dans les Départements d'Outre mer. Ces critères vont faire en sorte que les dispositions françaises vont attirer à elles les succursales en France des établissements dont le siège est à l'intérieur de l'E.E.E. d'une part, et les succursales installées en France des établissements français situées dans l'E.E.E. d'autre part. La présence de ces critères dans les textes français tient, là encore, à l'importance de l'obligation de transposer. L'on peut dire que ce critère concourt d'abord à déterminer la portée du phénomène

d'attraction que nous avons mis en évidence, mais *ratione personae*. Il concourt ensuite à fonder des sanctions s'il n'est pas respecté. En effet, si une structure, dont le siège serait situé à l'extérieur du territoire d'un des Etats parties à l'accord sur l'E.E.E. ou à tout accord régional de reconnaissance mutuelle, exerce sur le sol français des opérations de banque, il faudra d'abord localiser le siège de cette structure – succursale, filiale. Et ce afin de vérifier si ladite structure est en droit de bénéficier de la reconnaissance mutuelle des agréments. Ensuite, que celle-ci s'applique ou non, il sera nécessaire de localiser l'activité. Il nous faut préciser que les textes français exigent que le siège social – notion déjà difficile à appréhender – soit implanté dans le territoire de l'E.E.E., mais ils prévoient également, en alternative, celui de la direction effective, notion quelque peu plus délicate à distinguer, car empreinte de données factuelles.

573. Appréciation jurisprudentielle du critère – approche nationale. L'approche française du siège social consiste à préférer le siège réel au siège statutaire si ce dernier s'avère masquer une fraude. A ce titre, cette conception se trouve être l'intermédiaire entre les deux types de conceptions du siège social. La conception néerlandaise ou anglaise est celle de l'incorporation, qui rattache juridiquement une société à l'Etat dans lequel elle est immatriculée. A l'opposé, le droit allemand recourt au siège réel, qui requiert que le siège effectif de la direction se situe dans l'Etat d'immatriculation¹⁰²³. Nous verrons que la jurisprudence communautaire a eu l'occasion de trancher les questions de collisions entre ces différentes théories. Mais pour l'heure, il nous suffit de relever l'optique française, que l'on peut qualifier d'hybride, d'intermédiaire par rapport aux deux autres systèmes rappelés ici. M. le Doyen LOUSSOUARN avait déjà envisagé cette classification, lui qui affirmait que le concept de siège social est un concept abstrait, et il en concluait à une multitude de solutions possibles, entre les deux extrêmes que sont le siège social statutaire et le lieu du principal établissement¹⁰²⁴.

2) Critères relatifs aux opérations.

574. Nature et rôle. Les textes sus évoqués font référence à la notion d'exercice sur le territoire de tel ou tel Etat membre. Cet exercice, au regard des textes, peut se faire par la voie de succursales ou par voie de libre prestation de services. La portée du phénomène d'attraction, nous l'avons montré, est susceptible de varier selon que la condition d'habitude sera exigée ou non. Dans la première hypothèse, pourront être visées la répétition d'opérations, que celle-ci se traduise par un contrat ou la sollicitation de clients. Dans la seconde, une seule opération, conclue, suffira à permettre la localisation de l'atteinte aux intérêts cruciaux. Mais un autre facteur est susceptible de faire varier ce critère, et tient au contenu sémantique de l'exercice de l'activité : il peut très bien se faire par l'offre de contracter, la conclusion du contrat, ou l'exécution du contrat. Il faut donc établir lequel – ou éventuellement lesquels – de ces trois éléments servira à la mise en

¹⁰²³ Sur ces conceptions, voir MENJUCQ (M.), note sous C.J.C.E., 5 novembre 2002, Aff. C-208/00, *Überseering BV c/ Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, J.C.P. éd. E., 2003, n° 448, pp. 520 à 526, spécialement page 522.

¹⁰²⁴ Voir LOUSSOUARN (Y.É.), *La condition des personnes morales en droit international privé*, R.C.A.D.I. 1959, I, Vol. 96, pp. 443 à 552, spécialement page 475.

œuvre du critère fondamental. Le moyen d'y parvenir est de vérifier que la présence de chacun des trois critères d'application dans la zone d'application impérative des dispositions pertinentes peut suffire à provoquer une atteinte aux intérêts préservés tels que nous les avons définis à l'aune du droit civil. Le principe retenu, d'après la jurisprudence, est que le lieu de conclusion du contrat permet aux dispositions de police de s'appliquer.

575. Exemple d'application du critère du lieu de formation du contrat . L'arrêt MAYADE que nous avons déjà eu l'occasion de commenter est un bon exemple de la mise en œuvre de ce critère. Le troisième moyen opposé par la banque belge fait grief à l'arrêt d'appel d'avoir appliqué la loi française parce que le contrat aurait été conclu en France, alors que l'acte notarié avait été établi en Belgique. La Cour a estimé que certes, l'ouverture de crédit avait été consentie à Anvers, mais l'offre avait été adressée et réceptionnée et acceptée en France. C'est donc sur la formation du contrat, c'est-à-dire la rencontre des consentements – offre et acceptation – que la Chambre commerciale s'appuie, davantage que sur la forme. L'arrêt Chemoul contre Banque du crédit liégeois est un autre bon exemple de l'application de ce critère ¹⁰²⁵. Il convient de vérifier que la chambre criminelle emploie – ou non – le même critère d'application, pour caractériser l'infraction. Nous pourrions constater l'existence d'un phénomène de contagion du droit pénal international par les critères issus du droit international privé, ainsi que le souhaitent certains auteurs.

576. La contagion souhaitée du droit pénal international par les critères issus du droit international privé. M. David CHILSTEIN ¹⁰²⁶ a rédigé sur ce point un ouvrage remarquable, auquel il convient ici de se référer. Selon cet auteur, la qualification d'un texte en disposition d'ordre pénal accessoire conduit à ce que les critères sus évoqués soient purement et simplement inadaptés ¹⁰²⁷ et devraient être abandonnés. Il faudrait recourir dans ce cas aux critères et aux méthodes issues de la théorie des dispositions de police ¹⁰²⁸. La méthode d'attraction des situations par la disposition, pénale, ou de police, conduisait déjà à ce constat. Certes, comme l'affirme M. CHILSTEIN, « les lois pénales et les lois de police constituent au regard de leurs caractéristiques propres deux catégories juridiques parfaitement étrangères l'une à l'autre » ¹⁰²⁹. L'approche ici présentée par l'auteur est une approche fonctionnelle, puisqu'il rappelle que l'objectif des dispositions de police – relevant du droit privé – est de déterminer unilatéralement le champ d'application de certaines règles, en dérogeant à la méthode normale du droit international privé, adossée à la règle de conflit bilatérale. Parallèlement, les lois pénales ont pour vocation

¹⁰²⁵ Voir en ce sens Cass. Com. 11 janvier 2000, *Chemoul c/ Banque du crédit liégeois*, in *CD-Rom Lexilaser Cassation*, Juridisque LAMY, arrêt n° 121, Pourvoi n° 97-12.008.

¹⁰²⁶ Voir CHILSTEIN (D.), *op. et loc. cit.*.

¹⁰²⁷ C'est toute la première partie de la thèse de M. CHILSTEIN.

¹⁰²⁸ M. CHILSTEIN s'emploie à le démontrer dans la seconde partie de son ouvrage.

¹⁰²⁹ Voir CHILSTEIN (D.), *Op. cit.*, n° 399.

de sanctionner la violation d'interdits édictés par le législateur. Au delà de cette distinction qui semble a priori des plus hermétiques, l'auteur préconise une approche matérielle, dont les termes sont centrés sur les similitudes qui existent entre dispositions de police et dispositions pénales¹⁰³⁰, « quant au regard que porte sur elles l'ordre juridique dont elles émanent »¹⁰³¹. L'auteur en déduit un champ d'application territoriale sur mesure¹⁰³², et l'inadéquation des critères personnels prévus par les dispositions générales du Nouveau Code Pénal. Ces constatations s'appliquent à notre propos.

577. Vérification. Concernant les critères nationaux, il semble que le phénomène de contagion de la matière pénale par celle des dispositions de police, souhaité par M. CHILSTEIN, soit en marche concernant les monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement. En effet, en principe, les dispositions pénales françaises s'appliquent à raison, notamment, de certaines infractions commises à l'étranger par des Français. Ainsi, l'article 113-6 du Nouveau Code Pénal prévoit que « la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par les Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ». Ce texte met en place l'application du droit pénal français à l'étranger sur la base d'un critère personnel, la nationalité de l'auteur de l'infraction. Il faut donc se poser la question de savoir si une succursale ou une filiale de banque qui, hors du territoire de la République française, exercerait des opérations de banques, ou fournirait des services d'investissements, serait ou non susceptible d'encourir des sanctions pénales sur la base de l'article 113-6 précité. A notre sens, ce dernier texte n'a pas à s'appliquer. En effet, il faut rappeler, avec MM. GAVALDA et STOUFFLET, que « le monopole est, bien entendu, territorial. Les opérations de banque accomplies à l'étranger par une entreprise non agréée en France comme établissement de crédit ne contreviennent pas à la législation bancaire française »¹⁰³³. Peu importe, donc, que la banque étrangère en question soit, au regard de la loi de son siège, détenue par des personnes physiques françaises. Peu importe également que l'activité soit déployée par un français personne physique, si la loi dont il s'agit rend possible l'exercice direct de l'activité par une personne physique. Cela tient au fait que les critères personnels – nationalité ou confession – n'ont, à notre sens, aucun rôle à jouer en notre matière. Et même, ainsi que le montre M. CHILSTEIN, les critères personnels issus du droit pénal autonome ne sont pas adaptés aux infractions de droit pénal accessoire¹⁰³⁴. Tel est bien le cas, en l'espèce, car les sanctions pénales prévues en cas d'atteinte aux monopoles professionnels que nous analysons sont

¹⁰³⁰ *Ibidem*, n° 400.

¹⁰³¹ *Ibidem*.

¹⁰³² *Ibidem*, n° 401.

¹⁰³³ Voir GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire. Institutions – comptes – opérations – services*, 5^{ème} éd., Manuels Juris-classeur, Litec, Paris, 2002, n° 46.

¹⁰³⁴ Voir CHILSTEIN (D.), *Op. cit.*

conditionnées par la violation d'interdictions contenues dans des textes principaux ne relevant pas du droit pénal. Et ces textes dits principaux ne font nullement mention d'une condition de nationalité pour s'appliquer. Il faut, en outre, rappeler qu'en fonction de la vision qui est la notre du phénomène d'application extraterritoriale d'un texte, il y a lieu de penser que cette notion ne devra pas être confondue avec celle de la personnalité de ce même texte. Nous avons établi que l'application pouvait se faire hors du territoire de la République, mais à la faveur d'autres éléments que les critères personnels. Et ce, à condition que se trouvent réunis les principes de reconnaissance mutuelle des agréments et des contrôles, de contrôles par les autorités de l'Etat d'origine, y compris en matière pénale, et du passeport européen, principes que nous avons déjà développés.

578. Conclusions sur les critères nationaux. Les critères, tels qu'issus de l'ordre juridique national, présentent certaines caractéristiques. Ils sont d'abord guidés par une distinction capitale, entre critères textuels permettant de localiser le prestataire, guidés par les dispositions communautaires, et critères jurisprudentiels ou prétoriens, guidés par l'intérêt à préserver. L'exclusion des critères d'ordre personnaliste est encore une caractéristique de ces critères, et ce aussi bien sur le plan pénal que sur le plan civil, ce qui peut constituer un facteur de rapprochement du droit pénal sur les dispositions de police sur ce point. Enfin, il ne faudrait pas voir dans la nécessité de localiser plusieurs contrats une simple condition préalable à la mise en œuvre de la localisation de l'atteinte aux monopoles bancaires ou financiers. En effet, le monopole professionnel est, nous l'avons dit, une institution complexe du fait qu'elle se situe au carrefour de plusieurs intérêts parfois divergents. Pour qu'il puisse avoir pleine efficacité, il doit respecter simultanément plusieurs exigences, lesquelles nécessitent toutes d'être localisées. Ce constat contraste, à notre sens, avec la doctrine majoritaire, qui assimile souvent la localisation de l'activité avec celle d'un simple contrat. Or, il nous semble que l'activité est plus qu'un contrat, c'est ce que l'étude des critères nationaux nous permet d'affirmer : c'est pour cela que l'étude de la portée du phénomène d'attraction, à savoir l'importance de la condition d'habitude, était capitale. La démarche de localisation d'un contrat ne devra pas être unique, mais répétée, et qui plus est, le contrat peut n'être pas formé mais simplement proposé. Il peut enfin être proposé en conclu, mais pas encore exécuté. Etudions dès à présent quels peuvent être la nature et l'intérêt des critères communautaires, car il nous semble que leur analyse pourra corroborer ce dernier constat.

B) Les critères issus du droit communautaire

579. Questions fondamentales : le rôle et la nature des critères. La directive bancaire autant que la D.S.I. en sa formule actuelle prévoient un certain nombre de critères, dont l'application suscite quelques différences avec ce que l'on a observé concernant le territoire national. Si l'on s'interroge sur le rôle de ces critères, il faut tout d'abord admettre l'inexistence d'une version communautaire des monopoles bancaires ou financiers. En effet, les dispositions communautaires que sont les directives ou les Traités ne visent pas à sanctionner, comme le font les textes français, la violation d'une interdiction. Elles exigent simplement des Etats membres qu'ils soumettent à un agrément la possibilité d'exercer, et elles mettent en place la portée de l'agrément à travers l'Union européenne,

et plus largement l'E.E.E., si l'on n'omet pas les accords de Porto. Elles fixent également une liste d'activités pour lesquelles cette reconnaissance mutuelle est possible. A partir de ce constat, leur rôle va être d'un autre ordre que celui décrit quant aux dispositions internes : ils permettront de vérifier que le prestataire est en droit, au regard des dispositions communautaires, de se dire bénéficiaire de la reconnaissance mutuelle des agréments et des procédures de contrôle. Dès lors, ils permettront – ou justifieront – que le droit interne de l'Etat d'accueil inflige une sanction administrative ou pénale si le prestataire se prévaut indûment de l'application extraterritoriale de la loi de son Etat d'origine. Ce peut être le cas lorsque les critères prévus par les textes ne se rencontrent pas sur la zone d'application impérative des dispositions communautaires mettant en œuvre la reconnaissance mutuelle des agréments, le contrôle par l'Etat d'origine, et le passeport européen. A cet égard, il est important de relever qu'il ne revient pas aux juridictions pénales de l'Etat d'origine de sanctionner, par une forme quelconque de reconnaissance mutuelle du pouvoir de sanction, les atteintes aux dispositions de l'Etat d'accueil car la reconnaissance mutuelle couvre les autorités de contrôle et les activités¹⁰³⁵. Enfin, certains critères sont issus de la Convention de Rome sur les obligations contractuelles, et permettent la mise en œuvre des dispositions internes de police. Relativement à la nature des critères, il convient de formuler deux observations, que nous approfondirons immédiatement. D'une part, il n'est aucunement fait appel à des critères d'ordre personnel tels que la nationalité. D'autre part, là encore, coexistent plusieurs critères, lesquels ont tous leur place.

580. Absence totale de critères personnels. Le même constat que précédemment peut être dressé, car ni la directive bancaire que la D.S.I., ni même la directive sur la commercialisation à distance des services financiers, ne font référence à des conditions de nationalité.

581. Présentation des différents critères. A l'instar de ce que nous avons rencontré sur le plan interne, les critères issus des dispositions communautaires sont de deux natures. D'une part, une première série de critères sera relative aux contrats, aux offres de services, et plus largement à l'activité. D'autre part, une seconde série de critères sera relative aux prestataires eux-mêmes. Nous étudierons successivement ces deux types de critères.

1) Les critères liés au contrat ou l'offre de contrat, et plus largement à l'activité.

582. Silence de la directive bancaire et de la D.S.I. – référence à la convention de Rome du 19 juin 1980. L'article 21 de la directive de coordination bancaire 2000/12/CE dispose que « tout établissement de crédit qui désire exercer pour la première fois ses activités sur le territoire d'un autre Etat membre dans le cadre de la libre prestation des services notifie à l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine celles des activités comprises dans la liste figurant à l'annexe I qu'il envisage d'exercer ». Ce texte ne précise

¹⁰³⁵ Les dispositions de la D.S.I. – par exemple l'article 27 – et de la directive bancaire – ainsi l'article 32 – sont toujours édictées « sans préjudice des dispositions de droit pénal » ou « sans préjudice des cas relevant du droit pénal ». La reconnaissance mutuelle ne couvre donc pas le pouvoir de sanctionner pénalement un prestataire.

pas expressément ce qu'il faut entendre par exercer pour la première fois dans le cadre de la libre prestation de services, et surtout, il ne donne aucune indication quant à la localisation des contrats¹⁰³⁶. Tout ce que l'on peut dire quant à l'apport de ces directives, c'est qu'elles circonscrivent dans un domaine – suffisamment large – la notion d'activité susceptible d'être exercée dans le cadre de la reconnaissance mutuelle, que ce soit par la voie de la liberté d'établissement ou par celle de libre prestation de services. En effet, tant la D.S.I. que la directive bancaire prévoient une liste d'activités pouvant être exercées sous couvert de cette reconnaissance. Ainsi que certains auteurs l'ont relevé, ces directives ne mettent en place aucun monopole à l'échelle européenne¹⁰³⁷ : il n'y a de monopoles professionnels qu'issus de textes internes. Dès lors, le rôle de ce critère est uniquement de permettre à l'extraterritorialité indirecte textuelle d'être mise en œuvre. Il faut recourir à la Convention de Rome¹⁰³⁸ concernant les opérations.

583. Contenu pertinent de la Convention de Rome . Au delà du préambule, qui rappelle les objectifs des parties à cette convention, et de l'article 4, sur lequel nous reviendrons¹⁰³⁹, deux dispositions intéressent notre propos. Il s'agit d'abord de l'article 5, qui traite des contrats conclus par les consommateurs, notamment ceux portant sur des services. Le second de ces textes est l'article 7, qui traite de la possibilité d'appliquer les lois de police. Aux termes de ce texte, « lors de l'application, en vertu de la présente Convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non application. Les dispositions de la présente Convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ». Si nous traitons ici de la Convention de Rome, c'est pour la raison que l'Union est partie à cette convention, et se propose d'en faire un instrument communautaire¹⁰⁴⁰. Le critère d'efficacité internationale des dispositions impératives est envisagé, ici, dans une optique très large, puisque la notion même de disposition impérative recouvre un grand nombre d'hypothèses dans chaque Etat partie à cette

¹⁰³⁶ A cet égard, l'on consultera avec profit le livre blanc sur les conséquences prudentielles d'Internet. Voir COMMISSION BANCAIRE, Livre blanc, décembre 2000, Internet, quelles conséquences prudentielles ? <http://www.banque-france.fr/fr/telnomot/infobafi/lbinet.pdf>, pp. 35 à 48.

¹⁰³⁷ Voir BONNEAU (Th.), Monopole bancaire et monopole des prestataires de services d'investissement, in MATTOUT (J.P.) et VAUPLANE (H. de) (sous la direction de), *Droit bancaire et financier*, Mélanges A.E.D.B.F.-France, t. I, Banque éditeur, Paris, 1997, pp. 37 à 52, spécialement pp. 38 et 39.

¹⁰³⁸ Voir GOURIO (A.), Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe, *R.D.B.F.*, 2003, dossier, pp. 128 à 147, spécialement pp. 139 à 142.

¹⁰³⁹ Ce texte prévoit qu'en l'absence de choix d'une loi par les parties, il y a lieu de se référer à la loi du pays de la résidence de celui qui doit fournir la prestation caractéristique.

convention, dont l'Union européenne. Cela pose tout le problème de l'émergence d'un droit européen des contrats, qui dépasserait largement le cadre de notre étude.

584. Cas particulier des établissements de monnaie électronique – Interprétation de la notion de territoire. Les termes de l'article 21 de la directive précitée sont peu clairs quant à ce qu'il faut entendre par « exercer pour la première fois les activités sur le territoire », surtout lorsqu'il s'agit de services fournis par la voie électronique. En réponse à cette interrogation, la Commission a fourni une interprétation de cette notion, dans le cadre de sa Communication interprétative de 1997 : « afin de déterminer où une activité est exercée, il faut déterminer le lieu où est fourni ce qu'on peut appeler la prestation caractéristique du service qui est la prestation essentielle pour laquelle le paiement est dû »¹⁰⁴¹. Cette observation se voulait de portée générale, dans la mesure où la Commission devait ajouter que « la fourniture de services bancaires à distance, par le biais d'Internet, ne devrait pas, selon la Commission, nécessiter de notification préalable dans la mesure où le prestataire ne peut être considéré comme exerçant ses activités sur le territoire du client »¹⁰⁴². L'analyste curieux n'est guère avancé à la suite de cette communication. En effet, la notion de prestation caractéristique reste parfois à définir, selon Mlle le Professeur Marie-Elodie ANCEL¹⁰⁴³, aux propos de laquelle nous nous rallions. Après avoir dégagé les significations – identiques selon elle en droit interne et en droit international¹⁰⁴⁴ – de cette notion, elle en étudie les influences, en droit interne et en droit international privé. La dualité d'appréciation du lieu d'exécution de la prestation, selon que l'on raisonne sur le plan interne ou sur le plan international, peut être source d'imprécision parce que rien n'est établi sur le plan communautaire. Certes, tous les auteurs ne sont pas d'accord avec Mlle ANCEL pour situer la prestation caractéristique au lieu de son exécution¹⁰⁴⁵, de son résultat économique ; et préfèrent se fier au domicile du débiteur, qui insisterait davantage sur l'économie du contrat¹⁰⁴⁶. Nous objecterons que situer le résultat économique au domicile du débiteur n'a rien d'incongru toutes les fois dans lesquelles il en ira effectivement ainsi, mais seulement dans ces cas

¹⁰⁴⁰ Voir Livre vert de la Commission des communautés européennes sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, Document COM. (2002), 654 final du 14 janvier 2003.

¹⁰⁴¹ Voir Communication interprétative 97/C 209/04 de la Commission, relative à la libre prestation de services et l'intérêt général dans la directive bancaire, J.O.C.E., n° C 209/6, 10 juillet 1997, pp. 10 et s.

¹⁰⁴² *Ibidem*, page 6 et s.

¹⁰⁴³ Voir sur la nécessité de cette définition ANCEL (M.É.), *La prestation caractéristique du contrat, thèse, Economica – collection recherches juridiques*, Paris, 2002, pp. 11 et 12, n° 16 et 17 ; ou GAVIN-MILAN (E.), Le sens de la notion de prestation caractéristique, outil de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux, *R.R.J.*, 2003-1, pp. 121 à 144.

¹⁰⁴⁴ Voir ANCEL (M.É.), *op.cit.*, pp. 195 à 197, où l'auteur parle de « points de rencontre ».

¹⁰⁴⁵ *Ibidem*, page 164, n° 227.

¹⁰⁴⁶ GAVIN-MILAN (E.), *op. cit.*, page 126.

là. En toute hypothèse, le lieu d'exécution peut s'avérer excessivement difficile à situer, surtout si l'activité est développée par voie électronique. Il semble donc que la communication de la Commission ait répondu à un problème en le reformulant, voire en le déplaçant...

2) Les critères liés au prestataire

585. Rôle précis du siège. M. le Professeur Gilbert PARLEANI a très clairement mis en exergue que pour être licite, l'offre de produits financiers doit partir d'un établissement stable, lui-même dépendant d'un siège social implanté dans l'Espace Economique Européen¹⁰⁴⁷. Dès lors, c'est la « non localisation » dudit siège au sein de l'E.E.E. qui entraînera illicéité des opérations conclues. C'est donc une approche inverse à celle opérée pour les activités que nous devons mener.

586. Appréciation jurisprudentielle du critère du siège social – approche communautaire – les étapes. Trois étapes peuvent être distinguées, à travers trois arrêts décisifs de la C.J.C.E. méritent d'être étudiés ici, parce qu'une acception communautaire de la notion de siège a pu être dégagée. Tout d'abord, l'arrêt *Daily Mail*¹⁰⁴⁸ a posé un certain nombre de jalons. Ensuite, nous nous intéresserons à l'arrêt *Centros*, du 9 mars 1999¹⁰⁴⁹. Enfin, l'arrêt *Überseering BV c./ Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (N.C.C.)* est d'un apport tout à fait majeur¹⁰⁵⁰.

587. Première étape : l'arrêt *Daily Mail*. Dans cette affaire, quatre questions préjudicielles furent posées à la Cour de Justice des Communautés Européennes, à la suite d'un litige opposant la société de droit anglais *Daily Mail* à l'Administration fiscale britannique. Le problème portait sur la question de savoir si les articles 52 et 58 du Traité de Rome conférait le droit, pour une société immatriculée – ayant donc son siège statutaire – dans un Etat membre, de transférer son siège de direction dans un autre Etat membre au mépris d'une disposition du droit de l'Etat d'origine soumettant ledit transfert à une autorisation, laquelle était, en l'espèce, refusée. La C.J.C.E. a répondu par la négative à cette question, car les législations nationales étaient trop disparates, et les problèmes ne pouvaient être résolus, en tant que de besoin, que par des travaux législatifs ou conventionnels qui n'avaient pas encore abouti. L'on pourrait alors être tenté

¹⁰⁴⁷ Voir PARLEANI (G.), La localisation des services financiers, in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand - L.G.D.J., Clermont-Ferrand, 2001, pp. 279 à 292, spécialement page 281. Cet auteur précise bien que les succursales des sièges étrangers n'accèdent pas à la libre prestation de services (L.P.S.) communautaire : c'est dire qu'elles doivent demander l'agrément auprès des autorités de l'Etat d'accueil. Nous oserons tout de même préciser que l'implantation du siège social pourrait très bien se trouver dans un Etat tiers à l'Union européenne, mais lié soit avec l'Union, soit avec la France, par un accord de reconnaissance mutuelle.

¹⁰⁴⁸ Voir C.J.C.E. 27 septembre 1988, *The Queen c./ H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, Aff. 81/87, Rec. 1988, page 5483.

¹⁰⁴⁹ Voir C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros Ltd c./ Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Aff. C-212/97, Rec. 1999, page I-1459.

¹⁰⁵⁰ Voir C.J.C.E., 5 novembre 2002 précité, note MENJUCQ précitée.

de dire que le siège réel avait, à la suite de cet arrêt, une place de choix, comme l'ont fait certains justiciables. Or, il s'avère qu'à la lumière des deux arrêts qui suivent, il n'en est strictement rien.

588. Seconde étape : l'arrêt Centros. Les données factuelles de cet arrêt, abondamment commenté ¹⁰⁵¹, sont les suivantes. Un litige survint entre une société Centros Limited, de droit anglais, et la direction générale du commerce et des sociétés relevant du Ministère du Commerce Danois. En effet, cette dernière refusait d'immatriculer au Danemark une succursale de Centros. La société Centros, dont le siège était situé au Royaume Uni, était détenue par deux associés, ressortissants Danois, résidant au Danemark. Le droit anglais ne prévoit pas, pour le type de sociétés en cause, de capital minimal, et la société n'avait développé aucune activité sur le sol anglais. Quelques temps après la constitution de cette première structure, la loi danoise prévoyant que les sociétés étrangères peuvent exercer au Danemark par le truchement d'une succursale, l'un des associés a demandé l'immatriculation d'une succursale de Centros au Danemark. Ce pays imposait un capital social minimal. L'Administration danoise a refusé l'immatriculation, subodorant une tentative de contournement des dispositions danoises plus contraignantes. La société Centros contesta, au motif que la société légalement constituée sur le sol anglais pouvait bénéficier de la liberté d'établissement prévue par les articles 52, 56 et 58 du Traité de Rome. La juridiction danoise, saisie du litige, a d'abord fait droit aux arguments de l'Administration. Puis, la juridiction d'appel a posé à la C.J.C.E. une question préjudicielle rédigée dans les termes suivants : « Est-il compatible avec les articles 52, ainsi qu'avec les articles 56 et 58 du Traité CE de refuser l'immatriculation d'une succursale d'une société établie dans un autre Etat membre et qui, sur la base d'un capital social de 100 £, a été constituée légalement et existe en conformité avec la législation de cet Etat membre lorsque la société en cause n'exerce pas elle-même d'activités commerciales, mais qu'il est envisagé de constituer ladite succursale pour exercer l'ensemble de l'activité dans le pays où elle est constituée, et qu'il y a lieu de considérer que la méthode utilisée vise à éviter de constituer une société dans ce dernier Etat membre dans le but de se soustraire à la libération du capital minimum de 200 000 couronnes danoises (devenu par la suite 125 000 couronnes danoises ?) » ¹⁰⁵². La C.J.C.E. a estimé répondre par l'affirmative à la question posée, aussi bien le critère de l'activité réellement exercée semble exclu de son analyse, tout au moins quant à la possibilité de se prévaloir de la liberté d'établissement. La Cour ouvre, en fait, une autre piste à l'égard des fraudeurs puisqu'elle laisse le soin aux Etats membres de prendre toute mesure susceptible de prévenir ou sanctionner les fraudes, tant à l'égard des

¹⁰⁵¹ Voir notamment les conclusions de l'Avocat général LA PERGOLA, *R.J.D.A.*, 7/99, pp. 603 et suivantes ; voir *Defrénois*, 1999, pp. 1314 à 1315, note CRÔNE (R.) ; *Bull. Joly*, 1999, pp. 705 à 712, note DOM (J.P.) ; *D. Affaires*, 1999, pp. 550, note MENJUCQ (M.) ; *J.C.P. éd. E.*, 1999, pp. 1285, obs. REINHARD (Y.) ; *J.D.I.*, 2000, pp. 484, obs. LUBY (M.) ; *Euredia*, 1999/3, pp. 381 à 397, note DEGUEE ; voir également BLAISE (J.B.), Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la communauté européenne, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 585 à 598.

¹⁰⁵² Voir même arrêt, point 13.

associés eux-mêmes qu'à l'égard de la société ¹⁰⁵³ : ce peut être des mesures d'injonction de constituer le capital, l'injonction de constituer une somme, par exemple, mais en aucun cas une interdiction de s'implanter. En somme, la distinction que nous avons rencontrée dans la jurisprudence Parodi, entre restriction à la liberté d'établissement, possible si elle est justifiée par les raisons impérieuses d'intérêt général, et la négation de cette liberté d'établissement, prohibée quant à elle par la jurisprudence constante de la C.J.C.E., trouve à s'appliquer ici.

589. Troisième étape : l'arrêt *Überseering* . Cet arrêt a été décrit comme devant faire date en cette matière ¹⁰⁵⁴ . Les faits de cette espèce étaient les suivants. Une société de droit néerlandais, *Überseering*, avait acquis un terrain à Düsseldorf, sur lequel elle a fait procéder à la rénovation d'un motel et d'un garage, prestations qu'elle avait confié à une société N.C.C., société de droit allemand. *Überseering* a fait valoir – en vain – que certains vices affectaient lesdites prestations. Par la suite, le capital de cette société changea de mains, et fut détenu par des associés allemands, résidant à Düsseldorf. La procédure à l'encontre de N.C.C. s'est poursuivie, mais les juridictions allemandes ont refusé d'y faire droit, aux motifs que la requérante n'avait aucune capacité à agir devant les juridictions allemandes. En effet, bien que régulièrement constituée au regard du droit néerlandais, elle ne l'était pas au regard du droit allemand, lequel privilégie pour déterminer cette capacité, non pas la réception par l'immatriculation (la *Gründungstheorie*), mais le critère du siège effectif (la *Sitztheorie*) ¹⁰⁵⁵ . Les juridictions saisies du litige ont formulé une question préjudicielle à la C.J.C.E. dans les termes rapportés ci-après : « les articles 43 CE et 48 CE doivent-ils être interprétés en ce sens que la liberté d'établissement des sociétés s'oppose à ce que la capacité juridique et la capacité d'ester en justice d'une société légalement constituée en vertu du droit d'un Etat membre soient appréciées au regard du droit d'un autre Etat dans lequel ladite société a transféré son siège effectif lorsqu'il résulte de ce droit qu'elle ne peut plus faire valoir en justice dans l'Etat d'établissement les droits tirés du contrat ? En cas de réponse positive, la liberté d'établissement des sociétés (article 43 CE et 48 CE) impose-t-elle d'apprécier la capacité juridique et la capacité d'ester en justice d'une société au regard du droit de l'Etat où elle a été constituée ? » ¹⁰⁵⁶ . L'arrêt, extrêmement motivé, aboutit à une réponse affirmative aux deux questions posées. Cette espèce vient donc constituer une étape supplémentaire par rapport à la précédente espèce, car toute hypothèse de fraude était écartée des débats. L'abandon du critère du siège réel semble donc bien consommé.

590. Conclusions. Dans les espèces rapportées précédemment, il était question de succursales, de manière systématique. Le siège réel semble donc bien abandonné par la jurisprudence de la C.J.C.E. Cela peut se comprendre : l'informatisation des activités peut

¹⁰⁵³ Voir même arrêt, point 38.

¹⁰⁵⁴ Voir C.J.C.E., 5 novembre 2002, Aff. C-208/00, *Überseering BV c/ Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, *J.C.P. éd. E.*, 2003, n° 448, pp. 520 à 526, note MENJUCQ (M.).

¹⁰⁵⁵ Même arrêt, point 4.

¹⁰⁵⁶ Même arrêt, point 21, paragraphes 1 et 2.

conduire à d'énormes difficultés de localisation du siège de l'activité réelle ¹⁰⁵⁷. Rappelons enfin que ces succursales doivent dépendre, comme l'affirme M. PARLEANI, d'un siège situé au sein de l'E.E.E..

C) Les critères issus de l'ordre juridique mondial

591. Rôle des critères mis en place par l'O.M.C. . A l'instar de ce que nous avons pu dire à propos des critères communautaires, l'objectif des critères issus des accords de Marrakech, et notamment quant au commerce des services, n'est pas de venir sanctionner de quelque manière que ce soit la violation d'un monopole bancaire ou financier établi par la législation française. Dès lors, on peut se demander quel peut être l'intérêt de les aborder ici. A la vérité, il nous semble qu'ils peuvent permettre de se faire une idée de ce qu'il faut entendre par l'activité, et notamment de fourniture de services. Nous allons voir que cette notion va bien au delà du simple contrat, et qu'elle s'appuie également sur la manière dont la fourniture s'effectue.

592. Nature des critères mis en place par l'O.M.C. . L'A.G.C.S. distingue quatre modes de fourniture de services : la fourniture transfrontière, la consommation à l'étranger, la présence commerciale et la présence de personnes physiques. La fourniture transfrontière s'entend des flux de services en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire d'un autre Membre (par exemple, des services bancaires ou d'architecture peuvent être transmis par voie de télécommunication ou par courrier postal) ¹⁰⁵⁸. La consommation à l'étranger ¹⁰⁵⁹ s'entend des situations dans lesquelles un consommateur de services ou ses biens passent sur le territoire d'un autre Membre pour obtenir un service (par exemple, tourisme, réparation de navires ou entretien d'aéronefs). La présence commerciale ¹⁰⁶⁰ suppose qu'un fournisseur de services d'un Membre

¹⁰⁵⁷ Voir arrêt *Überseering* précité, point 51, *in fine*.

¹⁰⁵⁸ La *fourniture transfrontière de services*, ou « Mode 1 » correspond à la forme normale du commerce des marchandises. C'est à bien des égards la forme la plus simple du commerce des services, car elle ressemble au sujet familier traité par le GATT, du fait notamment qu'elle maintient une séparation géographique claire entre le vendeur et l'acheteur: seul le service lui-même franchit les frontières nationales. Voir sur ce point le site de l'O.M.C., voir http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/qsintr_f.doc.

¹⁰⁵⁹ La *consommation à l'étranger*, ou « Mode 2 », est définie, aux termes de l'article premier, comme étant la fourniture d'un service « sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre ». Généralement, cela impliquera que le consommateur se rende dans le pays fournisseur, peut être pour y faire du tourisme ou pour fréquenter un établissement d'enseignement. Comme autre exemple de consommation à l'étranger, il y aurait la réparation d'un navire ou d'un aéronef à l'extérieur du pays dont il relève. À l'instar de la fourniture transfrontières, il s'agit d'une forme de commerce simple, qui pose peu de problèmes, puisqu'elle n'exige pas que le fournisseur de services soit admis dans le pays consommateur. Voir site de l'O.M.C., *idem*.

¹⁰⁶⁰ La fourniture d'un service au moyen de la *présence commerciale* du fournisseur étranger sur le territoire d'un autre Membre de l'O.M.C. constitue le « Mode 3 ». Il y aurait comme exemples l'établissement de succursales ou d'agences pour fournir des services tels que les services bancaires, le conseil juridique ou les communications. C'est probablement le mode de fourniture de services le plus important, du moins pour ce qui est de l'évolution future, et aussi celui qui pose les problèmes les plus difficiles pour les pays d'accueil et pour les négociations dans le cadre de l'A.G.C.S..

établit une présence commerciale, y compris en devenant propriétaire ou locataire de locaux, sur le territoire d'un autre Membre, pour fournir un service (par exemple, compagnies d'assurance ou chaînes d'hôtels). Quant à la présence de personnes physiques, elle concerne les personnes d'un Membre qui entrent sur le territoire d'un autre Membre pour y fournir un service (par exemple, comptables, médecins ou enseignants)

¹⁰⁶¹ .

593. Nécessité d'une pluralité de critères. Une première question qui peut se poser est celle de savoir pourquoi il a fallu envisager, à côté de la fourniture transfrontière, trois autres hypothèses. La fourniture de nombreux services n'est possible que par la présence physique simultanée du producteur et du consommateur. Dans bien des cas, pour être utiles, les engagements de libéralisation prévus par l'A.G.C.S., que nous avons abordés, doivent donc être étendus aux mouvements transfrontières du consommateur ou de ses biens, à l'établissement d'une présence commerciale à l'intérieur d'un marché ou au mouvement temporaire du fournisseur de services lui-même ¹⁰⁶² .

594. Difficultés posées par ces critères. Nous avons déjà observé que les deux premiers critères n'étaient pas d'une redoutable complexité, à l'inverse du mode 3. Relativement à ce mode, une grande partie des transactions de services exige que le fournisseur et le consommateur se trouvent au même endroit. Mais les règles qui régissent la présence commerciale sont très différentes des droits de douane et autres mesures à la frontière qui affectent principalement le commerce des marchandises. Ce n'est que progressivement que le G.A.T.T. a touché à des questions de politique nationale sensibles telles que les subventions et les normes techniques. En revanche, dès le début, l'A.G.C.S. a dû s'atteler à des questions de politique interne telles que les droits d'établissement qui sont inhérents à la présence commerciale d'intérêts étrangers. Ce faisant, et en posant des règles multilatérales qui garantissent aux entreprises et aux personnes physiques la possibilité de s'établir sur un marché étranger, l'A.G.C.S. a conquis un terrain nouveau.

595. Absence de critères personnels. De ce qui précède, et à la lecture des accords du G.A.T.S., il y a lieu de conclure que les critères personnels – nationalité essentiellement – ne sont pas, là encore, de mise.

596. Conclusions sur les différents critères. Le grand constat que l'on peut dresser à la suite des présents développements est que les critères doivent toujours être recherchés eu égard à la fonction qu'ils remplissent, et des intérêts que les dispositions dont on recherche l'application protègent. Ainsi, les raisonnements pénalistes et civilistes ne doivent pas être confondus. De même, l'influence des dispositions communautaires s'est fait sentir, puisque certains critères ont dû être revisités. De plus, l'activité est le seul critère qui puisse servir à localiser l'atteinte aux monopoles professionnels envisagés ici, mais il s'agit là d'une notion complexe, pouvant recouvrir des éléments divers, au delà du

¹⁰⁶¹ Sur la présence physique, ou « mode 4 », il est possible qu'il soit combiné avec le « mode 3 ». Dans ce cas, la présence commerciale sera doublée de recrutement de cadres ou de spécialistes étrangers. Sur ce mode, voir site de l'O.M.C., références citées, ainsi que sur l'ensemble des différents critères.

¹⁰⁶² *Ibidem*.

seul contrat. Dans le même esprit, le siège social a une utilité certaine. Certes, il ne sert surtout pas à localiser le comportement répréhensible, susceptible de constituer l'infraction ou la violation de l'interdiction selon que l'on s'intéresse à l'aspect civil ou à l'aspect pénal du litige. En revanche, il a vocation à situer la structure, pour savoir si elle peut ou non bénéficier de la reconnaissance mutuelle des agréments dès lors que celle-ci est sollicitée dans le cadre de la liberté d'établissement. Lorsqu'il y a usage de la libre prestation de services, l'utilité de ce critère disparaît. Ces considérations nous conduisent à envisager la portée pratique des déclinaisons que nous venons d'opérer. Il s'agit en effet de savoir si pluralité de critères implique nécessairement disparité des lois applicables.

Section 2. Le particularisme des critères découlant de leurs déclinaisons

597. Plan. Nous avons montré que les critères pouvaient différer selon un certain nombre de facteurs, tels la branche du droit en cause, ou les territoires, parce que les intérêts cruciaux à préserver peuvent varier, que les critères se doivent de répondre à l'objectif de sauvegarde des intérêts cruciaux que les textes pertinents servent, et qu'ils s'appliquent en fonction de ces intérêts cruciaux. L'on peut penser que les diverses déclinaisons des différents critères que nous avons abordés pourraient se révéler difficilement praticables. Ce peut être vrai, dans certaines hypothèses. Pour faire face à ces difficultés, la doctrine a pu mettre un constat en évidence : l'exercice de l'activité bancaire serait soumis, principalement, à la loi du lieu d'implantation du prestataire. Il convient de vérifier la pertinence de ce constat, même si la doctrine a pu être qualifiée d'unanime sur ces questions. Dès lors que cette vérification sera réalisée, il nous sera possible de détecter les difficultés qui subsistent.

§ - 1 La pertinence du constat doctrinal : soumission de l'exercice de l'activité bancaire ou financière à la loi du prestataire ?

598. Démarche. Certains auteurs ont avancé que la loi de la banque, ou encore celle du prestataire, s'appliquait par principe pour régir l'activité bancaire. Mais les raisonnements employés ne sont pas toujours identiques. C'est pour cela qu'il nous semble nécessaire de bien analyser la teneur de la doctrine, laquelle a pu être tenue pour unanime¹⁰⁶³. Ensuite, nous tenterons de vérifier la pertinence du constat qu'elle dresse.

A) Analyse des doctrines favorables à ce constat.

599. Etendue du constat. La doctrine a mené d'intéressantes réflexions, aussi bien à propos du monopole des établissements de crédit que relativement aux monopoles des prestataires de services d'investissement. Malgré tout, les raisonnements empruntés peuvent s'avérer différents. Nous exposerons donc deux visions, l'une traditionnelle, et l'autre plus novatrice. La première concernera l'activité bancaire, et est, notamment, le

¹⁰⁶³ Pour un récapitulatif de ces doctrines, et pour une application de la loi de la banque aux fins de régir les opérations de clientèle, voir MOREL MAROGER (J.), Les opérations de banque en droit international privé, thèse, Paris I, mai 2003, pp. 113 à 182.

fruit des réflexions de M. Jean-Pierre MATTOU, lequel prétend s'autoriser d'une doctrine unanime. La seconde est issue des travaux de M. le Professeur Gilbert PARLEANI, et traite davantage de l'activité de prestataire de services d'investissement. Elle constituera un avantageux écho aux insuffisances du premier. Cela étant, ces deux doctrines se distinguent surtout par le fait que l'une aborde l'activité bancaire, et l'autre plus spécifiquement les services financiers. Nous distinguerons donc entre ces deux secteurs d'activités.

1) Analyse de la position doctrinale en matière bancaire.

600. Démarche. Nous procéderons en trois temps. D'abord, la théorie de cet auteur, qui se fonde sur d'autres, sera exposée. Ensuite, il sera procédé à l'inventaire que l'on peut faire des aspects négatifs de la position exprimée, et également des aspects positifs. Cette trame permettra de mettre en évidence les regrettables insuffisances de l'argumentaire développé par cet auteur, que l'on ne peut contrecarrer que si l'on veut bien opérer une reformulation du constat qu'il opère. Malgré tout, l'intégralité de la position exprimée n'est pas condamnable, et il conviendra de le souligner.

a Exposé de la théorie

601. Une doctrine favorable à la loi de la banque – position de Jean Pierre MATTOU. Cet auteur, dans son ouvrage consacré au « droit bancaire international », affirme que « dans une opération de banque internationale, c'est-à-dire présentant des liens avec plus d'un pays, et dans laquelle la banque intervient en sa qualité spécifique de banque, la doctrine est unanime à reconnaître la compétence de principe de la loi du lieu où est située la banque accomplissant l'opération bancaire, appelée, par simplification, loi de la banque ¹⁰⁶⁴ ». Il fonde cette affirmation sur les principes généraux de localisation des contrats et sur l'examen de la prestation caractéristique, des contrats bancaires, selon la Convention de Rome ¹⁰⁶⁵. Au titre des principes généraux de localisation, l'auteur fait place au fondement selon lequel la loi de la banque s'applique au titre des dispositions de police ¹⁰⁶⁶, pour « éviter que l'opération bancaire ne porte atteinte aux intérêts essentiels de l'Etat ». Ce en quoi nous ne le contredirons pas. L'auteur continue en précisant que l'application des dispositions de police conduit nécessairement à appliquer la loi de la banque, dans le but de ne pas dépecer systématiquement les opérations bancaires ¹⁰⁶⁷. Traitant ensuite du domaine d'application des différentes lois en concours, M. MATTOU expose que « la loi de la banque aura souvent vocation à s'appliquer soit à la suite d'un choix explicite soit en application des règles de localisation. Il est cependant un vaste domaine où la loi de la banque, ou de chacune des banques pour les opérations en

¹⁰⁶⁴ MATTOU (J.P.), *Droit bancaire international*, 2^{ème} éd. Banque éditeur, Paris, 1995, n° 8 et s., pp. 8 à 27.

¹⁰⁶⁵ *Ibidem*, page 9.

¹⁰⁶⁶ *Ibidem*, page 13.

¹⁰⁶⁷ *Ibidem*, pp. 13 et 14.

syndicat international, ne pourront être écartées même si elles ne s'appliquent pas à l'opération considérée stricto sensu. C'est ce que l'on désigne par le vocable de lois de police ». Cet auteur se prévaut d'une doctrine unanime pour fonder son propos. Il faut rappeler quels sont les traits de cette analyse.

602. Doctrines classiques. M. MATTOUT se prévaut d'un certain nombre de travaux et d'études des plus autorisés¹⁰⁶⁸. Leur contenu mérite attention, en ce sens qu'ils ramènent effectivement la question de la localisation du contrat à l'application quasi systématique de la loi « de la banque ». Le problème est que ces doctrines « traditionnelles » dont se prévaut M. MATTOUT ne traitent que de la localisation des contrats stricto sensu, sans mises en rapport avec les monopoles analysés ici. Certaines études citées sont même antérieures à la forme actuelle de ces monopoles. ARMINJON admettait toutefois que si la loi du pays dans lequel fonctionne l'établissement qui exécute l'opération régissait, en principe, les obligations qui découlent du contrat, ainsi que le domaine des règles supplétives¹⁰⁶⁹, cette règle n'était pas absolue¹⁰⁷⁰. L'on peut comprendre la volonté de simplification, qui peut être un facteur de sécurité juridique. Mais il faut auparavant mesurer les griefs que peut encourir, à notre sens, la théorie rapportée ci-dessus.

b Exposé des griefs

603. Premier grief : ambiguïté de la dénomination. Notre première observation portera sur la terminologie choisie, à savoir « loi de la banque » ou « loi du prestataire ». Dans les deux hypothèses, bien que les auteurs prennent soin de l'indiquer, cette appellation ne permet pas de savoir si le texte joue en fonction de critères personnels ou territoriaux. Loi

¹⁰⁶⁸ Pour l'état de ces analyses, voir HAMEL (J.), Les formes internationales des crédits bancaires, *R.C.A.D.I.*, 1935, I, 205 ; ARMINJON (P.), *Précis de droit international privé commercial*, Dalloz, 1948, pp. 398 à 407 ; BATIFFOL (H.), Crédit et conflits de lois, in *Etudes offertes à Roger HOUIN, Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, pp. 233 à 240 ; STOUFFLET (J.), Les conflits de lois en matière de crédits bancaires, *T.C.F.D.I.P.*, 1967, pp. 91 et s ; Les conflits de lois en matière d'opérations de banque, Rapport aux journées d'étude de droit bancaire, *Annales de la Faculté de droit de Clermont Ferrand*, 1965, pp. 206 à 216 ; *Jurisl. Banque et crédit*, Fasc. 120, Banque et opérations de banque en droit international ; L'ouverture de crédit bancaire en droit international privé, *Clunet*, 1966, pp. 582 à 600 ; KEGEL (G.), Les opérations de banque en droit international privé allemand, Rapport aux journées d'étude de droit bancaire, *Annales de la Faculté de droit de Clermont Ferrand*, 1965, pp. 175 à 205 ; GAVALDA (C.), *Rep. Dalloz Int.*, V^{is} Banque et établissement financier ; LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.D.), *Droit du commerce international*, Paris, 1969, page 731 ; FREYMOND (P.), Questions de droit bancaire international, *R.C.A.D.I.*, 1970, III, Vol. 131, pp. 1 à 74 ; VAN HECKE (G.), Crédits bancaires internationaux et conflits de lois, *D.P.C.I.*, 1977, pp. 497 à 505 ; FOUCHARD (Ph.), La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale, *R.J.Com.*, n° spécial, février 1984, BATIFFOL (H.), Crédits et conflits de lois, in *Etudes offertes à Roger HOUIN*, éd. Dalloz-Sirey, Paris, 1985, pp. 233 à 240 ; RADICATI di BROZOLO (L.), *Operazioni bancarie internazionali e conflitti di leggi*, éd. Giuffrè, Milan, 1984 ; PARDON (J.), La distribution des produits bancaires. La loi applicable, *Banque et Droit*, 1988, p. 33 ; La Convention de Rome, un nouveau droit international privé des contrats. Application aux opérations bancaires, Colloque international de l'A.E.D.B.F., *Banque et Droit*, n° spécial, juin 1993.

¹⁰⁶⁹ Voir ARMINJON (P.), *op. et loc. cit.*.

¹⁰⁷⁰ *Ibidem*, *Op. cit.*, page 399, n° 220, et pp. 402 à 406, n° 223 à 226.

de la banque, cela veut-il dire « loi nationale de la banque », ou « loi du siège de la banque », ou « loi du lieu d'implantation physique » ? La première des appellations que nous avons mentionnée ne doit pas être retenue, puisque M. MATTOUT prend le soin de préciser qu'il s'agit de la loi du lieu où est située la banque. On le voit, la catégorie ainsi dégagée recouvre des situations très diverses, et il conviendrait, pour être plus parlant, d'être plus précis, notamment quant à ce que l'on entend par « loi du lieu où est située la banque ». Les filiales et les succursales, ou encore les bureaux de représentation, doivent-ils être rangés parmi ces lieux d'implantation physique ? La présente prise de position ne permet pas d'y voir très clair.

604. Second grief : vision restrictive des intérêts préservés. M. Jean-Pierre MATTOUT s'intéresse aux seuls intérêts de l'Etat, comme étant susceptibles de justifier le recours aux dispositions de police. Cela va à l'encontre de la doctrine actuelle, bien que certains auteurs abondent dans le sens de M. MATTOUT. Nous avons déjà longuement analysé les évolutions relatives aux motivations caractéristiques des dispositions de police, il n'est donc pas nécessaire d'y revenir. Il y a cependant lieu de remarquer que cette observation ne peut valoir pour l'ensemble de la doctrine traditionnelle, laquelle montre bien – au moins pour certains auteurs – la dualité des intérêts servis par les dispositions de police.

605. Troisième grief : assimilation hâtive entre le contrat et l'activité. La doctrine sus évoquée, ainsi, du reste, que la plupart des analyses traditionnelles, s'arc-boutent sur la localisation du contrat, alors que nous avons établi que cela pouvait ne pas être suffisant. Nous avons observé qu'il se pouvait que la condition d'habitude doive être respectée, ce qui conduit à ce que la localisation doive porter sur une succession de contrats. Par ailleurs, il a également été remarqué que les opérations conclues devaient être réalisées dans un cadre professionnel. C'est donc l'ensemble de ces événements, à savoir les contrats ou bien les sollicitations répétées, et dans le cadre d'une profession, qu'il faut situer dans l'espace. Si les trois éléments se retrouvent situés simultanément dans la zone d'impérativité des dispositions françaises, alors le phénomène d'attraction pourra jouer, et les sanctions pourront éventuellement être prononcées. Ce grief peut, à notre sens, être étendu à l'ensemble de la doctrine traditionnelle. En effet, elle voit dans les conditions d'habitude ou d'activité professionnelle non pas un élément susceptible d'être localisé, et attiré par la disposition pertinente, de police ou pénale, mais davantage une condition préalable à la mise en œuvre du texte. Or, lorsque l'analyste est chargé d'apprécier l'habitude ou l'exercice professionnel, il met bien, déjà, en œuvre le texte pertinent. Et dans les opérations internationales, ces éléments doivent bien être respectés, dans l'espace. Or, comme ces deux données touchent l'opération en elle-même, en exigeant sa répétition, ou encore en exigeant une modalité particulière de son exercice, elles influent forcément sur ce qu'il convient de localiser. Qui plus est, assimiler contrat et activité conduit à ignorer purement et simplement les hypothèses de démarchage, de sollicitations, dans lesquelles, certes, un contrat n'est pas conclu, mais où une prestation de services est offerte. Raisonner autrement condamnerait les personnes qui recourent aux bons offices de prestataires non habilités à opérer dans le pays « d'accueil » ou de destination du service à, nécessairement, conclure les conventions, et par la suite en demander la nullité. Or, il nous semble que l'exercice de l'activité est déjà irrégulier du fait des sollicitations, même si le contrat ne s'est pas encore

formé. En fait, il n'est même pas nécessaire, pour qu'il y ait exercice illégal de la profession de banquier, et plus largement d'une activité professionnelle, que le client créancier ait subi une perte financière ou un détournement punissable. C'est en tout cas en ces termes que s'est exprimée la jurisprudence, surtout la jurisprudence pénale¹⁰⁷¹. Il est vrai qu'au sur le plan civil, on voit mal comment pourrait être fondée la survenance d'un préjudice puisque l'opération n'a pas été formée. Ainsi, si l'on prend l'hypothèse d'un démarchage intempestif, il faudra que le fait qu'il soit effectué sans agrément occasionne ce préjudice. L'on comprend aisément que ces conditions sont difficiles à rassembler.

606. Quatrième grief : absence de prise en compte du caractère hybride des textes pertinents. C'est là le grief le plus important que nous adresserons à l'exposé de M. MATTOUT. L'auteur se penche directement sur la nature de police des dispositions pertinentes, et en déduit directement la règle de localisation qu'il estime devoir s'appliquer. Or, il nous semble qu'il fait là l'économie d'une étape majeure du raisonnement. Il faut rappeler que les dispositions analysées présentent une nature hybride, c'est-à-dire qu'elles sont effectivement de police, mais aussi pénales et administratives. Partant, il faut savoir dans quelle branche du droit l'on évolue, pour déduire des règles, et surtout les critères, de localisation. En fait, c'est la nature des demandes présentées au juge du for qui va conditionner le critère de localisation, tout au moins les critères d'application. Le critère fondamental demeure, lui, identique.

607. Conséquence : nécessité de reformulation du constat. Pour pouvoir dire si le constat est juste, c'est-à-dire s'il correspond à une réalité tangible, nous devons le reformuler, au vu des observations qui précèdent. En effet, il serait préférable de dire, pour opérer la simplification recherchée, que la règle peut s'exprimer de la manière suivante : la mise en œuvre des critères de localisation dégagés pour localiser les atteintes aux monopoles bancaires ou financiers aboutit de manière quasi systématique, et en respectant les intérêts à protéger, à l'application de la loi du pays dans lequel est situé l'entité du prestataire, lorsque celle-ci est à l'origine de la prestation fournie. De la sorte, les divers griefs que nous venons d'évoquer ne devraient pas s'appliquer. Une fois le constat reformulé, il nous semble possible de trouver dans l'argumentation développée par M. MATTOUT des éléments susceptibles de servir notre analyse.

c Aspects positifs de la théorie de M. MATTOUT.

608. Dualité. Les aspects positifs de l'analyse de M. MATTOUT sont, selon nous, au nombre de deux : d'une part, elle assure le respect de la méthode, et d'autre part, elle tend à sa systématisation.

609. Respect de la méthode. M. MATTOUT affirme nettement que « l'application des lois de police, plus qu'elle ne fonde la compétence de la loi de la banque, fixe plutôt les domaines dans lesquels la loi de la banque, c'est-à-dire du siège où elle est installée, s'appliquera dans tous les cas, y compris dans les opérations pour lesquelles il aura été fait choix d'une loi applicable différente »¹⁰⁷². La vision que cet auteur a des dispositions de police semble tout à fait compatible – hormis l'absence de la justification par les

¹⁰⁷¹ Voir Cass. Crim., 3 novembre 1994, *Bull. Crim.*, n° 345 ; D. 1995, IR. N° 25 ; *J.C.P.*, 1995, II, 22445, note POLLAUD-DULLIAN (F.) ; *J.C.P.*, éd. E., 1996, I, 525, n° 1, obs. GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.).

intérêts qu'elles défendent – avec la dynamique d'attraction que nous avons développée. C'est pour cela que nous pensons que malgré les imperfections – ou plutôt les raccourcis – qu'elle présente, la position rapportée doit être bien considérée. A notre sens, et l'étude de la position exprimée par M. le Professeur PARLEANI le confirmera, le constat doctrinal, même reformulé, tente une systématisation de la méthode que nous avons décrite, et qui repose sur un phénomène d'attraction des situations par le texte dont on recherche l'application.

610. Le constat reformulé tente une systématisation de la méthode. Nous entendons par là le fait que, comme l'affirment d'autres auteurs, la casuistique ¹⁰⁷³ doit être délaissée au profit de solutions plus aisément déterminables. L'intérêt est de parvenir à une sorte d'harmonisation des solutions applicables, et de tenter d'obtenir une sorte d'automatisme, qui peut être garante de simplicité, dans la mise en œuvre de ces solutions.

2) Analyse de la théorie en matière de services financiers.

611. Exposé. M. le Professeur Gilbert PARLEANI a réalisé une étude aux conclusions voisines, sur la localisation des services financiers. Il l'expose de la manière suivante : « en matière de services financiers, les considérations d'ordre public ne sont jamais bien loin. La loi de la banque ou celle des marchés sont souvent qualifiées de lois de police. La protection de la monnaie, et, de plus en plus, la protection des épargnants, avec pour corollaire celle de la sécurité et de l'intégrité des marchés, ne se limitent pas à la solvabilité des entreprises financières et s'étendent de plus en plus nettement à la réglementation de l'offre, et au respect de certaines règles quel que soit le lieu ou le territoire considéré » ¹⁰⁷⁴. Partant, il remarque encore que la localisation de l'établissement du prestataire, plus que la localisation du contrat, est déterminante pour la licéité de l'offre de services financiers ¹⁰⁷⁵. La première remarque que l'on peut faire, c'est qu'à l'inverse de la position exprimée par M. Jean-Pierre MATTOUT, cet auteur expose bien les différents types d'intérêts susceptibles de justifier le recours aux dispositions de police : la protection de la monnaie et celle des épargnants sont bien au cœur de sa démarche. L'on peut constater cependant que la protection de la profession elle-même n'est pas citée. Ensuite, cet auteur ne réduit pas le problème à la localisation du seul contrat, puisqu'il envisage également l'hypothèse de la localisation de l'offre. Il faut dès lors s'interroger sur les justifications de cette position, afin d'en opérer une analyse critique, encore une fois au sens large et constructif du terme.

¹⁰⁷² Voir MATTOUT (J.P.), *Op. cit.*, n° 12, pp. 13 et 14.

¹⁰⁷³ Voir PARLEANI (G.), La localisation des services financiers, in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand - L.G.D.J., Clermont-Ferrand, 2001, pp. 279 à 292, spécialement page 281, n° 6.

¹⁰⁷⁴ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

¹⁰⁷⁵ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

612. Justifications concernant la localisation de l'offre. M. le Professeur PARLEANI fait observer que la « localisation de l'établissement du prestataire, plus que celle du contrat, a toujours été déterminante pour la licéité de l'offre de services financiers »¹⁰⁷⁶. Ainsi, il rappelle que seules sont licites les offres de produits financiers à l'intérieur de l'espace européen formées à partir d'un établissement stable lui-même dépendant d'un siège social implanté dans ce même espace¹⁰⁷⁷. Nous remarquerons que l'exercice illicite suppose d'autres éléments, tels la réalisation d'une activité dans un territoire, sans agrément correspondant à cette activité sur ce territoire. La justification avancée par M. PARLEANI est qu'une sorte de volonté protectionniste issue du législateur interne est prolongée par les droits communautaire et international¹⁰⁷⁸.

613. Justifications concernant la localisation du contrat. L'illustre auteur est conduit à distinguer la licéité du contrat de la licéité de l'offre, tant il est vrai que « le droit de proposer des contrats, et le lieu d'où on les propose, ne déterminent pas forcément [...] la localisation effective des contrats »¹⁰⁷⁹. Il se pose alors la question de savoir si les règles de compétence, ou de droit international privé, peuvent imposer une localisation des contrats financiers qui serait distincte de celle de l'établissement des prestataires. Pour répondre par la négative, il s'appuie d'abord sur le fait que les règles de conflits sont de plus en plus asservies à l'objectif de protection des consommateurs¹⁰⁸⁰, ce en quoi nous le suivons. Cela devrait donc influencer sur la législation applicable, à savoir que l'on devrait préférer la loi de résidence du consommateur. Mais M. PARLEANI observe que la protection du consommateur n'est pas entendue de la même façon en droit interne et en droit de l'Union européenne.

614. Disparité d'analyses entre le droit national et le droit communautaire quant à la notion de protection du consommateur, et plus spécifiquement d'usager profane (emprunteur, déposant, investisseur). Comme le relève cet auteur, la protection du consommateur, en droit communautaire, ne conduit pas à la désignation systématique de la loi la plus favorable, mais à celle de la loi la plus connue, ou la plus facile à connaître¹⁰⁸¹. Dès lors, il n'est pas nécessaire d'effectuer une comparaison des législations pour déterminer laquelle est la plus favorable, étant entendu que l'auteur se demande comment comparer des législations. A la vérité, l'analyse de certaines décisions rendues par la C.J.C.E. peut laisser perplexe, si l'on compare leur dispositif et leur motivation avec la théorie qui vient d'être exposée. Ainsi, par exemple, l'arrêt *Alsace-Moselle*, que nous avons eu l'occasion de commenter, réalise bien un test

¹⁰⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁷ *Ibidem*, page 282.

¹⁰⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁹ *Ibidem*, *Op. cit.*, page 283.

¹⁰⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁸¹ *Ibidem*, *in fine*.

comparatif en vue de déterminer si les intérêts protégés par la législation locale – c'est-à-dire la loi de place d'accueil – le sont également par application du droit de place d'origine. Concernant les opérations de banque, ou les services d'investissement, la jurisprudence Parodi n'avait pas à effectuer cette comparaison, dans la mesure où la question préjudicielle posée ne portait pas sur ce point.

615. Autres justifications concernant la licéité du contrat. Il précise ensuite qu'en cas de contrat conclu dans le cadre de rapports professionnels, la localisation conduira, sur la base de l'article 5, § 2 de la Convention de Rome, à l'application de la loi de la résidence habituelle ou de l'établissement de celui qui doit fournir la prestation caractéristique.

616. Approche critique. Le problème majeur qui subsiste à l'issue de ces analyses est qu'il n'est pas tenu compte du caractère hybride des textes pertinents, en ce sens qu'ils intéressent aussi bien le droit pénal, que le droit civil ou le droit administratif. M. le Professeur PARLEANI précise bien que les sanctions sont civiles – nullité des contrats – ou pénales, mais il n'en tire aucune conséquence quant au critère à employer pour localiser l'atteinte au volet pénal des monopoles que nous étudions. Il est vrai qu'il intitule sa contribution « localisation des services financiers ». En effet, lorsqu'il traite de la licéité de l'offre – ce en quoi nous le suivons, il ne traite pas d'autre chose que de la qualification de cette offre – licite ou non. En aucun cas, il ne traite de la sanction pénale de l'offre illicite. Il y a pourtant lieu de tenir compte de la diversité des intérêts à défendre, et les intérêts servis par les textes pénaux ne sont pas identiques, en notre matière, à ceux qui guident les sanctions civiles. Par conséquent, pour tenter d'être complet, il faut vérifier la pertinence du constat fait par la doctrine consistant à dire que la localisation doit aboutir, par principe, à la soumission de la situation à la loi du prestataire – à la loi, en réalité, dans la zone d'application de laquelle se situe l'implantation physique du prestataire. Ainsi, l'on pourra être en mesure de dire si la simplification que nous énonçons à l'analyse des doctrines sus exposées est une entreprise, réussie, envisageable, ou inaccessible.

617. Conséquences – nécessité de vérifier. A partir du moment où l'on admet la pertinence du constat formulé, et bien que l'on puisse déceler certaines améliorations à y apporter, il semble souhaitable de vérifier la possibilité que ce constat s'applique spécifiquement à la mise en œuvre des monopoles professionnels objets de notre étude. De la sorte, il nous sera possible de dire si la tentative de simplification opérée par cette démarche est avortée ou réussie.

B) Vérification de la pertinence du constat : une tentative de simplification avortée ou réussie ?

618. Plan. Il y a lieu, à notre sens, de remarquer que la pertinence du constat simplificateur opéré par la doctrine doit être déclinée en fonction des branches du droit applicable. En effet, nous avons vu que les critères d'application du critère fondamental de l'atteinte aux intérêts cruciaux pouvaient varier selon le type d'action intentée. Or, pour vérifier le bien-fondé des opinions doctrinales émises, il faut montrer que l'application de la loi du lieu de situation de la banque ou du prestataire se fait par le jeu des critères sus

évoqués, lesquels varient en fonction des branches du droit concernées. Si tel peut bien être le principe, il conviendra de le relativiser à la lumière de quelques facteurs de complication.

1) Déclinaison du constat

619. Une déclinaison suivant celle des critères, en fonction des branches du droit concernées. Nous souhaitons montrer que le constat selon lequel la localisation de l'activité dans l'espace conduit nécessairement, ou plutôt principalement, à la désignation de la loi de la banque doit être décliné à l'aune des différentes branches du droit concernées. C'est en effet sur cette distinction que repose d'abord la disparité d'intérêts à défendre. Ensuite, c'est sur cette distinction que repose la disparité de critères d'application. Dès lors, nous nous proposons de vérifier si l'on doit, malgré une diversité de critères, aboutir à l'identité des solutions. C'est à travers la jurisprudence et l'évocation d'exemples que nous pourrions mener notre recherche.

a Le constat sur le plan pénal

620. La lex loci delicti commissi ne coïncide pas toujours avec la loi de la banque . La jurisprudence de la chambre criminelle aboutit à l'application de la loi du lieu de commission du délit. Si la banque opère depuis un Etat A, à destination de bénéficiaires situés dans un Etat B, l'exercice de l'activité constitue, nous l'avons vu, le facteur déterminant de la commission de l'infraction. Dès lors, cette loi peut être distincte de la loi de la banque. En effet, si, à l'image du Doyen STOUFFLET, on définit cette dernière comme la loi du pays dans lequel est située la banque qui effectue l'opération¹⁰⁸², la lex loci delicti commissi et la loi de la banque ne coïncideront que si l'exercice se fait par l'intermédiaire d'une succursale. S'il se fait à distance, quel que soit le moyen utilisé – Internet, simple sollicitation postale pour le crédit de masse, ou encore offre de contracter expédiée par télex, les deux lois ne coïncideront plus : l'activité aura bien été exercée, sur le territoire de destination des sollicitations. A cet égard, il est intéressant de rappeler le motif de l'arrêt de la chambre criminelle du 28 novembre 1996 : « attendu qu'il ne saurait être soutenu que les faits reprochés aux demandeurs échapperaient à l'application de la loi française sur les prêts, dès lors qu'il résulte de l'arrêt attaqué et du jugement qu'il confirme que les offres faites par Claude W..., ayant été proposées par des intermédiaires et acceptées en France, les contrats ont été formés sur le territoire national et de ce fait, sont soumis à la loi française »¹⁰⁸³. Les commentaires – rapides¹⁰⁸⁴ – qui ont été faits sur cette espèce considèrent que la loi française s'applique parce que l'un des éléments constitutifs de l'infraction¹⁰⁸⁵ a été commis en France, mais certainement pas parce que la banque s'y trouve. En l'espèce, les prêteurs étaient des citoyens belges, domiciliés en

¹⁰⁸² Voir STOUFFLET (J.), L'ouverture de crédit bancaire en droit international privé, *Clunet*, 1966, pp. 582 à 600, spécialement page 584.

¹⁰⁸³ Voir Cass. Crim. 28 novembre 1996, pourvoi n° 95-80.168, in CD-Rom Lamy, Lexilaser Cassation.

¹⁰⁸⁴ Voir *J.C.P. éd. G.*, 1997, IV, 1214 ; *Gaz. Pal.*, 1997, 2, Chronique de droit criminel, page 61.

Espagne, et passaient par des intermédiaires personnes physiques – ayant mission de proposer les prêts – opérant en France. D'ailleurs, à l'inverse, il ne semble pas possible d'envisager qu'une banque dont le siège principal est situé en France, et qui opérerait en Belgique ou aux Etats-Unis soit sanctionnée par la loi pénale française.

b Le constat sur le plan civil

621. Distinction. Nous distinguerons deux situations, à la manière de ce que nous avons fait relativement aux intérêts protégés par les dispositions de police. Nous avons établi que les dispositions pertinentes visaient d'une part à assurer la réparation en cas de préjudice, et d'autre part à assurer que l'exercice de l'activité se fait de manière licite. C'est en fonction de ces deux intérêts que nous mènerons notre réflexion.

Lorsque le problème posé porte sur la réparation d'un préjudice

622. Solution en cas d'activités matériellement conclues et exécutées. La fréquence de ces hypothèses dépend, à notre sens, s'il y a eu contrat ou non entre la partie que se prévaut d'un préjudice et le défendeur. Dans la dernière hypothèse, à notre avis rarissime, l'on peut raisonner de la manière suivante. Le lieu du préjudice – qui nous semble assez difficile à caractériser en l'absence de contrat – constituant l'atteinte aux intérêts préservés, il se pourrait fort bien que la loi de la banque diffère du lieu du préjudice, dans la mesure, par exemple, où des sollicitations auraient été formulées depuis un Etat différent de celui dans lequel le préjudice a été ressenti. L'on peut imaginer, par exemple, une structure implantée dans un pays A, qui utilise le titre de banque dans les offres qu'il émet dans le pays B, alors qu'il n'est pas agréé pour y intervenir. Si des clients potentiels entrent en négociations avec un tel opérateur et ne concluent pas de contrat, mais perdent du temps du fait de ces négociations. Ces personnes auront été abusées, trompées par une fausse qualité. En revanche, dans le cadre d'un contrat, le préjudice subi du fait de l'illicéité qui affecte sa cause, source de nullité du contrat, pourra survenir. Là encore, les prestations développées à distance – indépendamment d'Internet – sont susceptibles de conduire à une dissociation entre la loi de la banque et la loi du lieu du préjudice.

623. Solutions en cas d'activités développées par la voie d'Internet. Tout le problème réside, ici, dans le fait que l'activité développée par Internet est génératrice, sur le plan du droit international privé, du phénomène d'ubiquité. Dès lors, il est tout à fait possible qu'un préjudice résultant d'un ou plusieurs contrats conclus, mais frappés de nullité pour cause illicite, puisse se dérouler sur plusieurs territoires. Pour cela, il suffit que le contrat soit exécuté par l'utilisation d'Internet, ou que l'offre soit rendue disponible par des personnes résidant dans un territoire différent de celui d'origine. Ainsi, le constat simplificateur d'application systématique de la loi de la banque est, encore une fois, en matière de monopole professionnels, insusceptible de régner sans partage.

¹⁰⁸⁵ Il s'agit d'abord, selon les commentaires, de la formation des contrats. Nous verrons que ce point est discutable, tout au moins à l'époque à laquelle cette décision fut rendue, en l'absence du revirement relatif à la nature du contrat de prêt d'argent consenti par un professionnel. Voir nos développements, *infra* n° 639. Il s'agit ensuite de perception de frais par les intermédiaires avant toute passation d'un acte écrit et tout versement des fonds.

Lorsque le problème posé concerne la licéité de l'exercice de l'activité

624. Jurisprudence de la Chambre commerciale. L'étude de la jurisprudence de cette chambre nous montre clairement qu'il n'est pas possible d'affirmer que la loi de la banque reçoit application lorsque les questions qui se posent touchent au respect du monopole des établissements de crédit, et surtout à la licéité de l'exercice des activités qu'il couvre. Ainsi, dans les affaires relatives au crédit hypothécaire, le siège social des établissements de crédit qui étaient attaqués était systématiquement situé en Belgique ou aux Pays Bas. Or, jamais dans ces décisions la loi belge ou néerlandaise n'a été appliquée. Certes, la Cour, dans un certain nombre de décisions, fait bien mention de l'implantation d'une succursale sur le sol français. Mais elle ne sert pas à justifier de l'application de la loi française : elle était simplement considérée comme le seul moyen acceptable de s'affranchir des disparités existant entre les diverses législations des Etats membres, c'est-à-dire qu'elle palliait l'insuffisance d'harmonisation des législations au sein de l'Union européenne.

625. Problématique de l'éclatement du postulat – exemple des crédits consortiaux . Si l'on admet le postulat simplificateur selon lequel la loi de la banque ou du prestataire devrait s'appliquer systématiquement, l'on risque de se trouver quelque peu désarçonné face à une opération de crédit consortial. En effet, il faut rappeler que ce type d'opération suppose plusieurs prêteurs, qui agissent sous la houlette d'un chef de file. Il suppose parfois plusieurs emprunteurs, et l'opération peut même se réaliser en recourant à plusieurs devises. Dès lors, comment ramener, par simplification, à la loi de la banque ? Cela revient soit à effectuer un dépeçage de toute l'opération, soit à soumettre arbitrairement toute l'opération à la loi du chef de file. Cela étant, il n'est peut-être pas si saugrenu de le soutenir, dans la mesure où même pour ce type d'opération, tous les prêteurs, sans exceptions, doivent être agréés dans leur Etat d'origine, et doivent avoir également le droit d'opérer dans l'Etat de destination. Dès lors, c'est à propos de chacun que l'on va vérifier si toutes les conditions pour exercer en toute légalité – agrément, activité couverte – sont remplies. Cela veut dire que les tentatives de simplification consistant à dire que la loi française s'appliquera, par exemple, parce qu'elle est la « loi de la banque », nous paraissent inappropriées.

c Le constat à l'aune du droit administratif.

626. Problématique. Pour que le constat formulé s'avère exact, il apparaît nécessaire que le lieu de commission du manquement administratif soit le même que celui du siège. Or, là encore, toute possibilité que ces lieux soient distincts ne doit pas être écartée.

627. Conclusion. La simplification du raisonnement nous semble une tentative avortée, dans la mesure où dans chacune des branches du droit considérée, il apparaît bien difficile d'affirmer que les dispositions françaises interdisant aux professionnels non agréés d'exercer dans la zone que nous avons définie s'appliquent parce qu'elles seraient la loi de la banque. Deux raisons majeures s'y opposent. Il s'agit d'une part du fait que les opérations, donc les comportements susceptibles de sanction, peuvent être effectuées à distance. D'autre part, une seule opération peut impliquer plusieurs prestataires, établis dans des pays différents. Peut-on envisager des alternatives à ce postulat ? Il convient de

le vérifier.

2) Les alternatives

628. Problématique. L'idée est de vérifier que les dispositions pertinentes s'appliquent parce qu'elles correspondent à une loi – autre que celle du prestataire lui-même. Nous envisagerons successivement l'hypothèse de la loi de la résidence habituelle du consommateur, pris en tant que consommateur de services auprès des établissements de crédit ou des prestataires de services d'investissement¹⁰⁸⁶, puis celle de la loi du marché. Nous verrons que là encore, la démarche simplificatrice ne peut aboutir, mais que ces lois peuvent s'appliquer dans certaines hypothèses. Dès lors, la présence de ces alternatives contribue à remettre en cause le constat doctrinal de soumission des opérations à la loi de la banque¹⁰⁸⁷.

a La loi de la résidence du consommateur

629. Absence d'application systématique. Nous souhaitons vérifier que la loi de résidence du consommateur ne trouve pas systématiquement à s'appliquer, au titre des dispositions de police, aux contrats qu'il a conclus, avec un établissement de crédit ou avec un prestataire de services d'investissements.

630. Principe. Le consommateur qui conclut un contrat international avec un établissement de crédit se trouve confronté à une double règle. En cas de contrat classique, il y a lieu d'appliquer l'article 5 de la convention de Rome, en vertu duquel la loi de la résidence habituelle du consommateur s'applique pour régir le contrat. Cela étant, les dispositions impératives du for – prévues par l'article 7 – peuvent également être invoquées¹⁰⁸⁸.

631. L'arrêt Lebrun. Dans l'arrêt Lebrun contre Deutsche Bank, il était question d'un prêt consenti à des emprunteurs résidant en France, par une banque allemande. Certes, la question portait sur l'application spatiale de certaines dispositions de la loi Scrivener, mais ces dernières étant qualifiées de police par la Cour de cassation¹⁰⁸⁹, l'on peut rapprocher cette espèce du thème qui nous préoccupe. La première chambre civile de la Cour de Cassation a estimé que la loi Scrivener avait vocation à s'appliquer. L'on peut regretter l'absence de précision dans le corps de l'arrêt sur le critère qui en a permis

¹⁰⁸⁶ Il s'agit concrètement des investisseurs, déposants et emprunteurs profanes.

¹⁰⁸⁷ Voir en ce sens MOREL MAROGER (J.), Les opérations de banque en droit international privé, thèse, Paris I, mai 2003, pp. 183 à 244.

¹⁰⁸⁸ Voir en ce sens BROUWER (F. de) et MARTY (C.), La communication de la Commission européenne en matière de commerce électronique et de services financiers – Vers un véritable marché intérieur des services financiers ?, *Banque et Droit*, n° 76, mars-avril 2001, pp. 8 à 21, spécialement page 13.

¹⁰⁸⁹ Voir Cass. Civ. 1^{ère}, 19 octobre 1999, Mme Moquin c/ Deutsche Bank AG et autres, *R.C.D.I.P.*, 2000, pp. 29 à 34, note LAGARDE ; *Clunet*, 2000, pp. 328 à 341, note RACINE ; *D.* 2000, Jurisprudence, pp. 765 à 768, note AUDIT (M.).

l'application. Le premier attendu de cet arrêt est plus évocateur : « Attendu que les lois de police obligent tous ceux qui habitent le territoire ». La Cour s'est donc appuyée sur la lettre de l'article 3 du code civil ¹⁰⁹⁰. Cette solution a été vivement critiquée. M. le Professeur Paul LAGARDE affirmait que « si l'on comprend que l'emprunteur résidant habituellement en France soit protégé par la loi française lorsqu'il est démarché en France par un établissement de crédit étranger, on ne voit pas de raison de le protéger lorsque, de son propre chef, il franchit la frontière et va contracter un emprunt à l'étranger pour bénéficier d'un taux d'intérêt moins élevé que celui qui est pratiqué en France » ¹⁰⁹¹. Nous prolongerons ce raisonnement, en précisant que la solution de cette espèce eut été identique, si l'on s'était appuyé sur le critère que nous avons dégagé pour la protection des consommateurs, à savoir le lieu de conclusion de l'opération, parce que c'est elle qui porte atteinte aux intérêts préservés par la loi Scrivener. Qui plus est, la résidence doit être habituelle : dès lors, un consommateur étranger qui se serait de passage en France et contracterait avec une banque allemande, par exemple, ne pourrait sans doute pas bénéficier, en vertu de ce critère, des dispositions françaises. La même analyse pourrait être transposée aux monopoles des établissements de crédit, nous l'avons montré. Dès lors, si la loi de la résidence du consommateur doit s'appliquer, c'est parce qu'elle coïnciderait avec celle du lieu de conclusion du contrat – c'est-à-dire le lieu de la rencontre des consentements, ou celle de l'offre de contracter. Dans ce sens, M. Alain GOURIO remarque fort justement que le concept d'activité dirigée vers un ou plusieurs Etats membres pourrait être utilisé ¹⁰⁹². Cela étant, il convient de remarquer que le critère de la résidence habituelle conduit à l'adoption de la vision communautariste de la notion de protection du consommateur : en appliquant la loi de la résidence, est appliquée la loi qui est considérée comme la plus proche du consommateur, celle qu'il connaît le mieux, celle à laquelle il s'attend ¹⁰⁹³.

b La loi du marché

632. Le problème. La loi du marché peut-elle faire figure d'exception par rapport à la prétendue prééminence de la loi de la banque ? Nous entendons par « loi du marché » la loi de l'Etat dans lequel est situé le marché sur lequel le prestataire intervient. Pour que cela se vérifie, il faut que l'activité soit développée, par le prestataire, sur un marché local. Si ce peut être le cas général, l'émergence d'une bourse paneuropéenne ¹⁰⁹⁴ se situant

¹⁰⁹⁰ Voir GOURIO (A.), Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe, *R.D.B.F.*, 2003, dossier, pp. 128 à 147, spécialement page 141.

¹⁰⁹¹ Voir LAGARDE (P.), Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 19 octobre 1999, *R.C.D.I.P.*, 2000, pp. 29 à 34, spécialement page 32.

¹⁰⁹² Voir GOURIO (A.), *op. et loc. cit.*.

¹⁰⁹³ Voir PARLEANI (G.), La localisation des services financiers, in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand - L.G.D.J., Clermont-Ferrand, 2001, pp. 279 à 292, spécialement page 283.

¹⁰⁹⁴ Voir DAIGRE (J.J.), Euronext : en route vers le futur ! *R.D.B.F.*, 2001, pp. 65 à 67.

dans le cadre général de ce que certains ont appelé la globalisation des marchés financiers ¹⁰⁹⁵, ou encore celle des marchés délocalisés – M.T.F. (Multilateral Trading Facilities) encore appelés A.T.S. (Alternative Trading Systems) – peuvent obliger à reconsidérer le problème ¹⁰⁹⁶.

633. Euronext et autres marchés globalisés. Créée le 22 septembre 2000, Euronext est le regroupement de trois entreprises de marché de nationalités différentes. Celles-ci se sont alliées afin, selon M. le Professeur Jean-Jacques DAIGRE, de « faciliter l'adhésion croisée de leurs membres, d'harmoniser leurs règles d'accès et de fonctionnement, d'unifier leurs systèmes de compensation et de coordonner leurs systèmes de règlement - livraison » ¹⁰⁹⁷. L'objectif ultime étant, poursuit-il, que les bourses d'Amsterdam, de Paris et de Bruxelles créent la première bourse paneuropéenne ¹⁰⁹⁸. Dès lors que ce « marché » est plurilégislatif, il apparaît difficile de parler de loi du marché. Cela étant, il convient de préciser que la structure d'Euronext s'articule autour de sociétés, qui sont sous la houlette d'une holding située aux Pays-Bas, et soumise au droit néerlandais ¹⁰⁹⁹. D'autres marchés du même type existent sur la base d'accords de coopération. Ainsi en est-il d'Euroglobex ¹¹⁰⁰, comprenant certains marchés français, espagnols et italiens.

634. Les Multilateral Trading Facilities. Les A.T.S. sont « des systèmes alternatifs de négociation, c'est-à-dire des systèmes électroniques d'acheminement et d'exécution des ordres de bourse. Ce sont des marchés écrans » ¹¹⁰¹. Pour qualifier les A.T.S., il faut reprendre les travaux de M. le Professeur Jean-Jacques DAIGRE. Il constate en effet que ce sont des marchés libres, non réglementés, plus ou moins organisés. Ils ne sont pas tenus, ni par la réglementation européenne, ni par la réglementation française, de se faire agréer comme marchés réglementés ¹¹⁰². Pour autant, leur activité en elle-même est réglementée ¹¹⁰³. En effet, ils mettent en contact des investisseurs, comme des

¹⁰⁹⁵ Voir HOVASSE (H.), Les aspects juridiques et fiscaux de la globalisation des marchés financiers, *Dr. Sociétés*, 2000, pp. 7 à 9.

¹⁰⁹⁶ Voir DAIGRE (J.J.), Y a-t-il un espace en France pour les systèmes électroniques privés de négociation ? *R.D.B.F.*, 2001, pp. 335 à 337 ; du même, voir : La fin des « bourses », *R.D.B.F.*, 2003, pp. 83 à 85 ; Les A.T.S., in *Mélanges A.E.D.B.F. III*, Banque éditeur, Paris, 2001, pp. 425 à 437.

¹⁰⁹⁷ Voir DAIGRE (J.J.), Euronext..., précité, page 65.

¹⁰⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰⁰ Voir HOVASSE (H.), Les aspects..., précité, page 7.

¹¹⁰¹ Voir DAIGRE (J.J.), Les A.T.S..., précité, page 425.

¹¹⁰² *Ibidem*, pp. 430 et 431, *passim*.

¹¹⁰³ *Ibidem*, page 431.

intermédiaires, et en même temps remplissent les fonctions de marché en permettant à des investisseurs de réaliser directement des transactions sans l'assistance d'intermédiaire. Si un A.T.S. n'est pas agréé comme marché réglementé, il doit l'être au titre de ses activités d'entreprise d'investissement¹¹⁰⁴. Et c'est là que le bât blesse. L'O.I.C.V. dénombre trois approches des A.T.S., articulées autour des deux termes de cette ambivalence : certains Etats les assimilent à des Marchés, d'autres à des entreprises d'investissements, d'autres leur laissent le choix¹¹⁰⁵. Aux rangs de ces derniers systèmes figure notamment le système français¹¹⁰⁶. L'on perçoit alors fort bien toute la complexité à dire que la loi française réglementant les monopoles financiers peut s'appliquer parce qu'elle est la loi du marché.

635. Conclusions. Il résulte de ce qui précède que la démarche simplificatrice qui consiste à appliquer les dispositions françaises parce qu'elles correspondraient au lieu d'implantation du prestataire, du consommateur ou du marché ne pourra opérer. Cela peut s'expliquer par le fait que ces implantation ne soient pas, en elles-mêmes, génératrices d'atteintes aux intérêts sauvegardés : c'est l'exercice de l'activité, ou l'usage de dénominations qui peuvent entraîner ces atteintes. Une fois ce constat établi, il reste à observer que les critères permettant la mise en œuvre des dispositions pertinentes de police peuvent soulever des difficultés.

§ - 2 Les difficultés soulevées

636. Deux types de difficultés. Nous avons vu que les critères de localisation de l'atteinte aux monopoles professionnels précités présentaient deux particularismes : leur variété – offre ou exécution du contrat, et l'importance de l'appréciation des juges du fond quant à leur détermination. Les difficultés posées par les critères de localisation vont apparaître aussi bien quant à leur appréhension que relativement à leur diversité.

A) Difficultés d'appréhension

637. Distinction. La problématique ne se posera pas exactement de la même manière lorsque sont envisagées les activités matériellement localisables ou les activités immatérielles. Nous entendons par là opérer une distinction en fonction du mode de conclusion du service. Soit la fourniture se fait par implantation physique, soit elle se fait à distance. Ainsi, localiser une succession de contrats à distance ou par voie d'implantation physique sur le sol d'un Etat ne posera pas les mêmes problèmes. Ou plus précisément, l'activité développée à distance engendrera des difficultés supplémentaires par rapport à ce que nous avons baptisé les activités matériellement localisables.

¹¹⁰⁴ *Ibidem, op. et loc. cit.*

¹¹⁰⁵ *Ibidem, op. et loc. cit.*

¹¹⁰⁶ *Ibidem, op. et loc. cit.* : la France n'est pas isolée, le Royaume Uni, l'Espagne, le Mexique et la Suisse adoptent la même position. L'Allemagne, l'Australie, la Hollande, le Japon sont de ceux qui assimilent les A.T.S. à des marchés. Enfin, l'Ontario, le Québec et les Etats Unis les caractérisent comme une entreprise d'investissement.

1) Activités matériellement localisables

638. Champ d'application matériel. Qu'entendons-nous par « activités matériellement localisables » ? A notre sens, les contrats classiques, n'utilisant pas le support numérique pour se former et/ou s'exécuter, sont regroupés au sein de cette notion. Et ce même s'il se peut que la conclusion se fasse en plusieurs étapes : l'offre peut être émise dans un pays, et l'acceptation fournie dans un autre. C'est très exactement ce qui s'est produit dans certaines des affaires touchant aux crédits hypothécaires. En partant de l'exemple du contrat de prêt, nous allons appréhender les difficultés que peut présenter la démarche de localisation de l'exécution du contrat. Cet exemple nous semble intéressant dans la mesure où la conception française de la nature de ce contrat a connu une évolution radicale. Par ailleurs, l'exemple du contrat de mandat, support du recours aux prestataires de services d'investissements, sera abordé.

a La localisation du contrat de prêt

639. Feu la nature réelle du contrat de prêt . Pendant des décennies, le contrat de prêt a toujours constitué l'exemple de ce que l'on appelle un contrat réel, c'est-à-dire qu'il se formait par la remise de la chose, ce qui supposait qu'avant cette remise, il n'y avait que promesse de contrat. Et ce, y compris lorsque la chose prêtée était une somme d'argent. Mais une évolution récente s'est faite jour. La chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion de trancher un litige sur la nature du contrat de prêt, dans un arrêt remarqué qu'elle rendit le 28 mars 2000 ¹¹⁰⁷ . Les juges ont considéré que le prêt consenti par un professionnel du crédit était consensuel. Nous souhaitons montrer que cette évolution radicale peut conduire à un bouleversement des réflexions que l'on peut mener concernant la localisation de ce contrat.

640. Conséquences théoriques sur la localisation du contrat de prêt . Classiquement, et hors toute hypothèse d'expression de volonté des parties, puisque nous mettons en œuvre des dispositions de police, le contrat de prêt, pour être localisé dans l'espace, obéissait à la logique selon laquelle le contrat était localisé en fonction du lieu où doit être fournie la prestation caractéristique ¹¹⁰⁸ . On rappelle que l'article 4 de la Convention de Rome prévoit que « Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays. 2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au

¹¹⁰⁷ Voir Cass. Com., 28 mars 2000, U.F.B. Locabail c/ Bermond et autres, *R.J.D.A.*, 2000, pp. 400 et s. pour les conclusions de M. l'Avocat Général Jerry SAINTE ROSE, et *R.J.D.A.*, 6/01, n° 717 ; *J.C.P. éd. E.*, 2000, page 1086, Chronique GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.) ; *R.D.B.F.*, 2000, pp. 161, n° 100 ; *D.*, 2001, sommaires commentés, pp. 1615 à 1616, obs. JOBARD-BACHELLIER (M.N.).

¹¹⁰⁸ Voir FREYMOND (P.), Questions de droit bancaire international, *R.C.A.D.I.*, 1970, III, Vol. 131, pp. 1 à 74.

moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement. ». Il y a également lieu de rappeler que l'article 1^{er} n'exclut pas du champ d'application de la convention les contrats de prêt. La date de formation du contrat de prêt nous semble essentielle. Dans l'hypothèse d'un contrat réel, qui doit fournir la prestation caractéristique ? Le prêteur, qui met l'argent à disposition ? Ou l'emprunteur qui doit rembourser ? Il faut avouer que la question peut être discutée, même s'il est généralement admis que la loi de la banque s'applique parce que c'est la loi sous l'empire de laquelle elle exerce son activité¹¹⁰⁹. En effet, il est possible de soutenir que tant que la remise de la chose n'est pas intervenue, il n'y a que promesse de prêt, qui n'équivaut pas à un contrat de prêt. Dès lors, s'il faut localiser le contrat de prêt, formé, la seule prestation restant à fournir serait le remboursement des fonds¹¹¹⁰. Depuis l'arrêt précité, toute ambiguïté semble levée, pour certains contrats de prêt, puisque le prêt d'argent consenti par un professionnel est assimilé à un contrat consensuel, et que partant, il se forme, se conclut, lors de la rencontre des consentements. La prestation caractéristique, dans un contrat de prêt, est donc sans conteste – aujourd'hui – la remise des fonds. Il ne faut cependant pas s'y tromper : la fonction du critère n'est pas de choisir la loi applicable. Ce n'est que lorsque la conclusion du contrat sera constitutive de l'atteinte aux monopoles que la question méritera d'être posée.

641. Jurisprudence pénale quant à la localisation du contrat de prêt. Il y a assez peu de décisions rendues par la chambre criminelle concernant des contrats internationaux de prêt. Cependant, un arrêt en date du 28 novembre 1996 a eu à trancher la question de la localisation de contrats de prêt¹¹¹¹. La Cour a estimé que relativement à la loi du sur les prêts d'argent, les contrats conclus en France étaient soumis à la loi française. A cette époque, la jurisprudence précédente n'était pas intervenue, et l'on pouvait parler de promesse de prêts. Il est par ailleurs intéressant de noter que la Cour n'emploie pas expressément le terme « prêt », mais « contrat » pour désigner l'opération qui s'est formée sur le territoire national, et qu'elle qualifie expressément d'offres de prêt.

b Les activités d'intermédiation et de négociation : localisation du contrat de mandat.

¹¹⁰⁹ *Ibidem*, page 30 ; STOUFFLET (J.), L'ouverture de crédit bancaire en droit international privé, *Clunet*, 1966, pp. 582 à 600.

¹¹¹⁰ Voir FREYMOND (P.), *op. et loc. cit.*, note 21, pour des opinions selon lesquelles la loi de la banque s'applique parce que la remise des fonds constitue la prestation caractéristique. Nous serions d'accord avec cette affirmation, si l'on désirait localiser une promesse de prêt, et non pas le prêt lui-même compte tenu de la nature du contrat de prêt, telle qu'elle était à l'époque. Les tenants de cette position sont notamment le Professeur KEGEL (G.). Voir également PARLEANI (G.), La localisation des services financiers, in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand - L.G.D.J., Clermont-Ferrand, 2001, pp. 279 à 292, spécialement page 287.

¹¹¹¹ Voir Cass. Crim., 28 novembre 1996, *J.C.P. éd. G.*, 1997, IV, 1214 ; *Gaz. Pal.*, 1997, 2, Chronique de droit criminel, page 61.

642. Notion. La négociation a pu être définie comme « le processus qui conduit à la conclusion d'un accord de volonté et se caractérise par la production des ordres et la recherche d'une contrepartie sur le marché »¹¹¹². Elle se distingue de la compensation, qui désigne l'exécution des opérations sur le marché¹¹¹³.

643. Problématique pour situer le lieu de leur conclusion. L'exécution de la mission d'un intermédiaire dans la conclusion d'une opération boursière peut être la passation de l'ordre. Mais la relation entre le prestataire et le bénéficiaire de la prestation doit s'analyser, à notre sens, en un contrat de mandat. Dès lors, même si l'activité développée peut être considérée comme immatérielle, la conclusion du contrat obéit aux règles issues des articles 4, 5 et 7 de la Convention de Rome.

2) Activités immatérielles

644. L'immatériel n'empêche pas impossibilité de localiser. M. le Professeur Gilbert PARLEANI a clairement mis en exergue que le fait qu'une activité soit menée par des moyens électroniques n'empêchait nullement d'en effectuer la localisation dans l'espace¹¹¹⁴. Les exemples qu'il prend quant à la répression de la diffamation par radio, par télévision ou par Internet sont révélateurs¹¹¹⁵. Dès lors, et malgré la difficulté, nous proposons de mener cette démarche, s'agissant des activités d'intermédiation et de négociation et des prestations en ligne. L'idée est d'analyser comment les critères dégagés peuvent présenter des difficultés lors de leur mise en œuvre.

a Les opérations de banque en ligne

645. Problème. La manière de localiser l'échange des consentements procède de la localisation des contrats entre absents. L'offre et l'acceptation sont émises en des endroits différents, depuis des terminaux différents.

646. Intérêt de la directive commerce électronique. L'article 2, paragraphe c) de ce texte définit le prestataire établi comme étant un « prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. La présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies requis pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire ». Cette définition pose trois problèmes. Ce sont les notions de stabilité de l'installation, d'activité exercée pour une durée illimitée, et celui de la multiplicité des lieux d'établissement du prestataire – il s'agit donc d'un problème de plurilocalisation. La

¹¹¹² Voir BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (F.), *Droit des marchés financiers*, Economica, Paris, 2001, n° 33.

¹¹¹³ *Ibidem*.

¹¹¹⁴ Voir PARLEANI (G.), La localisation des services financiers, in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand - L.G.D.J., Clermont-Ferrand, 2001, pp. 279 à 292, spécialement n° 4, page 280.

¹¹¹⁵ *Ibidem*, page 280, et les notes 2 à 4.

lecture du considérant n° 19 de la directive nous apporte quelques éléments de réponse à ces problèmes. En effet, aux termes de ce considérant, « le lieu d'établissement d'un prestataire devrait être déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée. Cette exigence est également remplie lorsqu'une société est constituée pour une période donnée. Le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où elle exerce son activité économique. Dans le cas où un prestataire a plusieurs lieux d'établissement, il est important de déterminer de quel lieu d'établissement le service concerné est presté. Dans les cas où il est difficile de déterminer, entre plusieurs lieux d'établissement, celui à partir duquel un service donné est fourni, le lieu d'établissement est celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour ce service spécifique ». On notera d'abord le rôle important confié à la C.J.C.E., qui est le pendant du pouvoir d'appréciation des juges du fonds. On relèvera ensuite la contradiction qui est faite quant à la durée illimitée, puisqu'une société constituée pour une durée limitée répond à l'exigence du texte. Par ailleurs, le lieu d'exercice de l'activité économique est substitué au lieu d'établissement de la société qui fournit les services par le biais d'Internet. Le problème de plurilocalisation est réglé par référence à la notion de centre des activités, dont on peut penser que la jurisprudence de la C.J.C.E. sera particulièrement intéressante à suivre ¹¹¹⁶.

b Les services financiers en ligne

647. Apport de la directive sur la commercialisation à distance des produits financiers. Ce texte a un champ d'application plus large que la précédente directive, dans la mesure où sont également visés les contrats conclus par téléphone ou par fax ¹¹¹⁷. La particularité de cette directive est que le principe de l'application de la loi du prestataire tel qu'il résulte de la directive « commerce électronique » ne s'appliquera pas. En effet, le degré d'harmonisation atteint par cette directive n'est pas le degré maximal escompté par la Commission, et aucune règle particulière ne déroge à la Convention de Rome sur ce point ¹¹¹⁸. Cela veut dire que tant les prestataires que les consommateurs subissent les affres du « refus de l'obstacle » des Etats membres. Le prestataire qui souhaitera opérer sur Internet devra continuer à connaître quinze – et bientôt vingt cinq – législations différentes. Le consommateur, quant à lui, n'aura pas de sécurité juridique absolue quant à l'application des règles plus protectrices de son pays de résidence ¹¹¹⁹.

¹¹¹⁶ Voir sur ces questions ROLIN JACQUEMYNS (L.) et VAN HUFFEL (M.), L'impact de la directive commerce électronique sur la réglementation européenne des services financiers, *Euredia*, 2001-2002/1, pp. 45 à 123, spécialement pp. 59 et 60.

¹¹¹⁷ Voir BROUWER (F. de) et MARTY (C.), La communication de la Commission européenne en matière de commerce électronique et de services financiers – Vers un véritable marché intérieur des services financiers ?, *Banque et Droit*, n° 76, mars-avril 2001, pp. 8 à 21, spécialement page 14.

¹¹¹⁸ *Ibidem* ; et voir GOURIO (A.), *Op. cit.*, page 140.

B) Difficultés résultant de la diversité des critères

648. Problématique. L'on pourrait penser que le fait qu'une variété de critères de localisation peut procéder d'une volonté de précision par rapport aux événements à localiser. Or, il semble que cette pléthore de critères suscite au moins deux types de difficultés. D'abord, l'impératif de sécurité juridique, légitimement escompté par les opérateurs, prestataires ou clients, n'est qu'apparemment respecté. Ensuite, le respect de l'impératif de prévisibilité des solutions, également attendu, est battu en brèche

1) Le respect de l'impératif de sécurité juridique n'est qu'apparent

649. Problématique. Nous avons débuté en souhaitant rechercher la meilleure sécurité juridique possible, pour les opérateurs – prestataire et bénéficiaire de la prestation – et pour les opérations – offres ou contrats. Force est de constater qu'apparemment, le système actuel peut permettre cette sécurité. Mais à notre sens, ce constat doit être très largement relativisé. En effet, la pluralité de critères oblige à un effort d'organisation de ceux-ci entre eux, afin de ne pas appliquer un critère hors de propos : ce qui doit conduire les juges saisis à faire cet effort, y compris dans les motivations de leurs décisions. Ce dernier point peut être un facteur d'allongement des procédures, et parfois d'insécurité juridique.

a L'organisation des critères entre eux

650. Plan. Nous avons indiqué que plusieurs critères pouvaient s'appliquer pour localiser les situations dans ou hors la zone d'application impérative des textes pertinents. Pour comprendre comment ces différents critères s'articulent entre eux, il faut s'intéresser à certaines évolutions doctrinales intéressantes sur ce sujet, afin d'y apporter notre contribution. Ensuite, nous tenterons de les appliquer les principes et les solutions dégagés à notre matière.

Principes et solutions proposées.

651. Notions. Certains auteurs proposent une analyse simplificatrice, une première approche, des solutions possibles en cas de pluralité de rattachements. Ces auteurs se sont intéressés à la définition de ce qu'ils appellent le « concours de rattachements »¹¹²⁰. Selon eux, cette notion recouvre les situations qui se présentent « lorsque le système juridique du for propose plusieurs rattachements [...] susceptibles de régir un même rapport de droit ». Cette définition, générale, ne prend pas position sur la nature des relations existant entre les critères en question. Il faut donc pousser plus avant nos investigations.

652. Eléments de doctrine quant aux hypothèses de pluralité de rattachements.

Il faut présenter quelles réflexions ont pu être menées par les auteurs, pour établir la

¹¹¹⁹ Voir BROUWER (F. de) et MARTY (C.), *op. et loc. cit.*.

¹¹²⁰ Voir BELIARD (G.), RIQUIER (E.) et WANG (X.Y.), *Glossaire de Droit International Privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992, Vis « concours de rattachements ».

nature des liens existant entre les différents critères de rattachement d'une situation à un ordre juridique donné, ou à la sphère d'application impérative d'une disposition de police. Plusieurs réflexions présentent de l'intérêt sur ce point. Certains auteurs distinguent les rattachements en cascade des groupements de rattachements, d'autres emploient l'appellation générique de « rattachements multiples »¹¹²¹, recouvrant les hypothèses de rattachements alternatifs ou cumulatifs¹¹²². Une autre analyse pourrait être celle qui existe entre la notion de question préalable et le principal.

653. Distinction entre rattachements en cascade et groupement de rattachements. M. GONZÁLEZ CAMPOS a montré qu'un certain nombre de solutions existaient lorsque l'on se trouvait, comme en notre hypothèse, dans une situation de pluralité de rattachements¹¹²³. Cet auteur a constaté un phénomène, qu'il appelle la flexibilisation des règles de droit international privé. Selon lui, le modèle savignien est devenu inapproprié dans un certain nombre de domaines¹¹²⁴, ce en quoi nous le rejoignons. Serait donc apparu un triple phénomène de spécialisation, de flexibilisation et de matérialisation des règles de droit international privé. La flexibilisation, selon cet auteur, s'est traduite par l'apparition de nouveaux rattachements, dont nous avons traité abondamment avec la mise en évidence du critère de l'atteinte aux intérêts cruciaux, mais également par l'emploi d'une pluralité de rattachements. Cet auteur distingue les rattachements « en cascade »¹¹²⁵ des groupements de rattachements¹¹²⁶. Il faut présenter cette distinction, qui n'adopte plus le point de vue neutre de la définition des trois auteurs belges précités. Selon M. GONZÁLEZ CAMPOS, il convient d'entendre par rattachements en cascade le fait que les critères sont classés, en quelque sorte, par ordre d'importance, le second s'appliquant lorsque le premier fait défaut, et ainsi de suite¹¹²⁷. Ceci conduit à une sorte de hiérarchie entre les critères¹¹²⁸, à l'instar de ce qui peut être utilisé pour déterminer la localisation du domicile fiscal au regard du Code Général des

¹¹²¹ Voir AUDIT (B.), *Droit international privé*, Collection Droit Civil, 3^{ème} éd., Economica, 2000, n° 104 et s.

¹¹²² *Ibidem*.

¹¹²³ Voir GONZÁLEZ CAMPOS (J.D.), Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, Cours général, *R.C.A.D.I.*, 2000, Vol. 287, pp. 9 à 426, spécialement pp. 214 à 251.

¹¹²⁴ *Ibidem*, page 215.

¹¹²⁵ *Ibidem*, page 226 et suivantes. Voir également PICONE (P.), Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1999, I, Vol. 276, pp. 9 à 296, spécialement n° 16, pp. 66 à 69.

¹¹²⁶ *Ibidem*, page 231 et suivantes.

¹¹²⁷ Voir GONZÁLEZ CAMPOS (J.D.), *Op. cit.*, spécialement pp. 226 à 229.

¹¹²⁸ Pour une mise en exergue de la hiérarchisation des rattachements, voir FOYER (J.), *Les vicissitudes contemporaines de la règle de conflits de lois*, in « *Clés pour le siècle, droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Dalloz, Paris, 2000 », pp. 149 à 175, et spécialement pp. 159 à 161, n° 190 à 194.

Impôts. Toute autre est la conception dite des groupements de rattachements. Cette théorie, autrement dénommée « groupement des points de contacts », fonctionne de la manière suivante : lorsqu'il existe une difficulté pour choisir un rattachement prédéterminé valable pour tous les cas complexes, l'on recherchera les « liens les plus étroits » entre la situation et le texte¹¹²⁹.

654. Distinction entre rattachements alternatifs et rattachements cumulatifs . Le rattachement alternatif conduit à ce qu'un seul critère permette d'appliquer une loi ou une autre¹¹³⁰, selon certaines conditions : tel est le cas lorsqu'il sera renvoyé à la loi « la plus favorable »¹¹³¹. Le rattachement cumulatif, quant à lui, implique la consultation de plusieurs lois¹¹³².

655. Distinction entre la condition préalable et l'infraction ? Cette distinction nous semble présenter de l'intérêt, parce qu'elle subordonnera la mise en œuvre de la localisation d'un événement à la localisation d'un autre. La notion de condition préalable, d'une manière générale, s'entend comme étant « une circonstance déterminante et nécessaire »¹¹³³. A l'aune du droit pénal, ce concept reçoit une acception plus précise : il s'agirait de « la situation juridique ou matérielle préalable à l'infraction, et qui rend défectueux le comportement de l'auteur »¹¹³⁴. La définition a été discutée en doctrine. Ainsi, Mme LUCAS de LEYSSAC l'a définie comme une « situation juridique mise sous la protection du droit pénal »¹¹³⁵, ce que conteste vigoureusement M. CHILSTEIN¹¹³⁶. MM. Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC nous enseignent que la jurisprudence assimile la condition préalable d'une infraction à l'un de ses faits constitutifs. Ces mêmes auteurs précisent que la jurisprudence pénale a pu reconnaître que la loi française s'applique, en cas d'abus de confiance, lorsque la remise de la chose détournée a eu lieu

¹¹²⁹ Voir AUDIT (B.), *Droit international privé*, Collection Droit Civil, 3^{ème} éd., Economica, 2000, n° 187.

¹¹³⁰ Voir MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, 7^{ème} éd., Précis Domat, Montchrestien, Paris, 2001, n° 140, page 96.

¹¹³¹ Voir GONZÁLEZ CAMPOS (J.D.), *op. et loc. cit.*.

¹¹³² *Ibidem*. Ainsi, le divorce de deux époux de nationalité différente ne pourra être prononcé que si cette institution est admise par la loi personnelle de chacun des époux.

¹¹³³ Voir CORNU (G.) *et alii*, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, Quadrige, P.U.F., Paris, 2001, V° « qualification ».

¹¹³⁴ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*. Pour une définition approchante, voir DESPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.), *Droit pénal général*, coll. Corpus droit privé, 9^{ème} éd., Economica, Paris, 2002, n° 391, page 334.

¹¹³⁵ Voir LUCAS de LEYSSAC (M.P.), *Décision de justice et répression pénale*, Thèse, Paris, 1975, spécialement page 162, n° 232.

¹¹³⁶ Voir CHILSTEIN (D.), *Droit pénal international et lois de police – Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003, n° 271 à 293.

en France, après avoir, pendant un temps, rejeté cette analyse ¹¹³⁷. Foin donc de toute distinction entre condition préalable et infraction elle-même, au regard de la doctrine pénaliste.

656. Analyse de l'adéquation de ces différents systèmes. Dans le thème qui nous préoccupe, le problème posé ne porte pas sur la pluralité de rattachements en soi, mais plus précisément sur la nécessaire coexistence de plusieurs critères de localisation, chaque critère concourant au rattachement – à l'attraction – des situations par les textes pertinents. Dès lors, il y a lieu d'exclure de notre analyse les situations de rattachements alternatifs, qui ne prévoient pas forcément la coexistence de plusieurs critères. De même, les rattachements en cascade doivent également être écartés de notre étude, si l'on considère cette notion comme exclusive de la possibilité que deux critères au moins s'appliquent simultanément. Pour ce qui est du rattachement cumulatif, il pourrait s'appliquer à notre propos, dans la mesure où la satisfaction de plusieurs critères à la fois pourra être nécessaire.

657. Proposition – tenir compte de la nature des intérêts à défendre. Nous pensons que la nature des intérêts à défendre conduit à faire une sorte de répartition entre plusieurs séries de critères de localisation, afin que chaque branche du droit concernée par les monopoles professionnels satisfasse lesdits intérêts. C'est pour cela que nous avons souligné l'importance du critère dit de l'atteinte aux intérêts cruciaux. Nous n'avons cependant pas la prétention d'être un précurseur. M. GONZÁLEZ CAMPOS, dans une récente étude à laquelle nous avons eu l'occasion de nous référer, a remarquablement analysé ce phénomène, qu'il appelle matérialisation des règles de droit international privé. Il affirme que le résultat matériel recherché corrige la localisation ¹¹³⁸, et surtout que le résultat matériel gouverne la localisation ¹¹³⁹. Cet auteur expose, de manière éclairante, que « les facteurs de rattachement ne sont pas choisis en fonction des liens de la situation avec un ordre juridique donné, comme c'est le cas dans le procédé traditionnel, mais en fonction d'un objectif ou d'une valeur du droit matériel que le législateur veut sauvegarder » ¹¹⁴⁰. Cet auteur affirme expressément que le choix du rattachement est guidé par la recherche d'un objectif ou d'une valeur du droit matériel, et non pas en fonction du sacro-saint principe de proximité. C'est très exactement vers ce constat que tend notre analyse.

Mise en oeuvre

658. L'idée. Nous souhaitons montrer ici que les différentes distinctions que nous avons opérées ne s'ignorent pas, mais interagissent au contraire, tout comme les branches du droit le font entre elles, ainsi que nous l'avons montré. Dès lors, les

¹¹³⁷ Voir DESPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.), *op. et loc. cit.*, et les références.

¹¹³⁸ Voir GONZÁLEZ CAMPOS (J.D.), *Op. cit.*, pp. 322 à 345.

¹¹³⁹ *Ibidem*, pp. 345 à 355.

¹¹⁴⁰ *Ibidem*, page 346. Voir également PICONE (P.), Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1999, I, Vol. 276, pp.9 à 296, spécialement n° 18, pp. 73 à 79.

distinctions entre critère fondamental et critères d'application, ou encore celles que nous avons opérées en fonction de la branche du droit dont ils permettent l'application, pourront se faire selon les quelques modèles que nous avons recensés. Il faudra choisir, pour chacune de ces distinctions, entre l'un des modèles proposés par les auteurs que nous avons évoqués précédemment.

659. La nature de la distinction entre critère fondamental et critères d'application . Pour organiser les relations entre critère fondamental – l'atteinte aux intérêts cruciaux – et les critères d'application, il nous semble que d'ores et déjà, la technique du rattachement en « cascade » doive être exclue. En effet, localiser l'atteinte aux monopoles professionnels ne suffit pas à la mise en œuvre de la disposition dont on recherche l'application, ou qui prétend s'appliquer. Il faut de surcroît que les critères d'application soient situés dans le domaine d'application impérative dudit texte. Raisonner en termes de rattachement cumulatif ne semble pas davantage adapté, dans la mesure où l'institution dont il s'agit – en l'espèce le monopole professionnel et sa violation – n'a pas forcément à être admise par toutes les lois en concours ¹¹⁴¹ . En revanche, il nous apparaît plus opportun de raisonner en termes de condition préalable. Pour preuve, il faut bien qu'une interdiction légale existe, et qu'elle soit violée, au travers de l'absence d'agrément, pour que le texte pénal puisse entrer en application si les intérêts qu'il préserve sont eux-mêmes bafoués par l'exercice de l'activité, ce dernier recevant pour le coup la qualification d'élément matériel de l'infraction. C'est en tout cas en ce sens que raisonnent certains auteurs ¹¹⁴² . Et ce, même s'il nous semble nécessaire de rejeter l'assimilation que la jurisprudence pénale opère entre condition préalable et élément constitutif de l'infraction, dans sa démarche de localisation.

660. Nécessité de rejeter l'assimilation entre la condition préalable et les éléments constitutifs d'une infraction . S'agissant des monopoles bancaires ou financiers, et de l'étude de leur violation, il est intéressant de relever que Mme DUCOULOUX-FAVARD range l'absence d'autorisation d'accomplir les opérations bancaires parmi les éléments constitutifs de ces infractions. Ceci nous permet de dire que cet auteur respecte à la lettre la jurisprudence issue de la chambre criminelle que nous avons relevée plus haut. Mais il nous semble que certains arguments décisifs soient susceptibles de contrecarrer cette analyse. En effet, la distinction entre condition préalable et élément constitutif d'une infraction doit être admise, au premier motif que l'interdiction légale n'est pas définie par un texte pénal, et qu'il n'est pas nécessaire de rechercher les éléments matériel, moral, volontaire ou injuste de la condition préalable : les définitions rapportées font état de simple situation juridique mise sous la protection de la loi pénale ¹¹⁴³ . Un second motif achèvera de convaincre : il se peut très bien que les intérêts que le texte pénal tente de préserver ne soient pas du tout bafoués par la violation

¹¹⁴¹ A notre sens, ce sera le cas sur tout le territoire de l'Espace Economique Européen, du fait de la reconnaissance mutuelle des agréments et des procédures de contrôle.

¹¹⁴² Voir BON-GARCIN (I.) et PASUT (M.), *Jurisl. Pénal annexes*, Fasc. « Banque » - établissements de crédit et entreprises d'investissement, à jour au 20/01/2002, n° 54.

¹¹⁴³ Voir DESPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.), *op. et loc. cit.*

de l'interdiction légale, mais que, en revanche, les intérêts catégoriels protégés par l'interdiction elle-même le soient. A titre d'exemple, certains arrêts rendus par la chambre commerciale – notamment ceux rendus en matière de crédit hypothécaire – n'ont même pas fait l'objet de poursuites au pénal, alors qu'ils ont abouti à des sanctions sur le plan civil¹¹⁴⁴. Lorsque l'on sait, par ailleurs, que le criminel tient le civil en l'état, l'on ne peut que conclure à ce qu'un seul des intérêts préservés – soit celui préservé par les textes commerciaux, soit celui sauvegardé par les textes pénaux – soit bafoué.

661. La déclinaison des critères d'application en fonction des branches du droit. Sur ce point, il nous semble qu'il y a lieu d'y voir une forme de rattachement alternatif. En effet, à notre sens, tout dépend du type d'action qui se trouve être à l'origine de l'intervention des juges. S'agit-il d'une action pénale, à fins répressives ? Les critères pénaux seront employés pour localiser et l'atteinte et les critères d'application. S'agit-il de l'action civile à fins indemnitaires, les critères civils seront retenus. S'agit-il enfin d'une action visant à une fermeture administrative d'un établissement, les critères administratifs seront mis en œuvre. Il n'y a guère de possibilité pour un rattachement cumulatif. La seule hypothèse dans laquelle, pour un même litige, plusieurs critères seront mis en œuvre sera celle de l'action pénale avec constitution de partie civile. Mais cela ne veut pas dire qu'ils s'appliqueront simultanément à la situation.

662. La déclinaison des critères en fonction du territoire intéressé. Nous avons vu que le rôle des critères n'était pas le même sur le plan national et sur le plan communautaire. Si les premiers permettent la mise en œuvre du phénomène d'attraction des situations par les dispositions pertinentes de droit interne, il n'en va pas de même concernant les critères issus du droit européen. Le rôle de ces derniers est de prolonger la zone dans laquelle les dispositions nationales peuvent s'appliquer, par le truchement des principes directeurs de l'extraterritorialité que nous avons développés. Dès lors, pour une même situation, c'est-à-dire, par exemple, pour l'exercice par une succursale d'un établissement français d'activités pour lesquelles elle n'a pas été agréée par le C.E.C.E.I., à l'intérieur du territoire d'un Etat membre, les deux types de critères seront simultanément mis en œuvre. Nous pourrions appeler ce modèle le rattachement simultané.

b Les problèmes de motivation par les juges de leurs décisions.

663. Présentation du problème. Il s'agit là d'une conséquence de beaucoup des facteurs que nous avons dégagés. D'une part, les juges saisis sont amenés à composer avec des critères parfois difficiles à appréhender. D'autre part, ils disposent d'un arsenal juridique à la fois figé, et évolutif. Figé tout d'abord du fait d'un texte – l'article 3 du code

¹¹⁴⁴ Voir en ce sens Cass. Com. 13 mars 2001, formation restreinte, HSA Banque d'épargne c/ Mayade, Arrêt n° 521, et R.J.D.A. 2001, n° 801 ; Cass. Com. 20 octobre 1998, Epoux Seyve c/ IPPA, *D. Aff.* 1999, pp. 69 ; Cass. Com. 11 janvier 2000, Chemoul c/ Banque du crédit liégeois ; Cass. Com. 20 octobre 1998 *in Lexilaser Cassation*, Juridisque LAMY, arrêt n° 121, Pourvoi n° 97-12.008, SNC Dieulafait c/ ANHYP ; Cass. Com. 20 octobre 1998, SCI Thiry c/ ANHYP ; Cass. Com., 20 octobre 1998, SCI Parodi c/ Banque Albert de Bary et Cie, *D. Aff.* 1999, pp. 69, et R.J.D.A. 12/98, n° 1395 ; Cass. Com. 4 juin 2002, Comptoir d'escompte de Belgique et autres c/ Ballongue et autres, pourvoi n° 00-16915, *R.D.B.F.*, 2002, page 181 ; Cass. Com., 2 juillet 2002, *J.C.P.*, éd. E., 2003, 396, n° 2, obs. STOUFFLET (J.).

civil – qui trouve aujourd'hui ses limites. Il est vrai que cet article a été élaboré dans un certain contexte, et qu'il a bien résisté à l'épreuve du temps. Evolutif notamment parce que l'inflation législative, tant nationale que communautaire, complexifie la recherche de la solution. Evolutif également parce que la codification à droit constant peut réserver certaines surprises, telles la « disparition » des dispositions de droit transitoire. Enfin, les juges nationaux – et le feuilleton Alsace-Moselle en est un exemple criant – peuvent éprouver certaines réticences à appliquer à la lettre les dispositions communautaires, car celles-ci n'ont pas forcément la même perception que les dispositions nationales des intérêts qu'elles défendent. Ainsi en va-t-il de la notion de protection du consommateur, pourtant à l'affiche dans la plupart des textes qui nous intéressent.

664. Portée du problème. Tout est donc en place pour que des frictions de la nature de celles observées lors de l'affaire Alsace-Moselle se renouvellent. A notre sens, la sécurité juridique est atteinte non pas seulement dans la validité de la conclusion et la parfaite exécution des opérations, mais aussi, et c'est plus grave, dans la qualité du traitement des litiges qui peuvent s'élever.

2) La difficulté de prévoir les solutions

665. Problématique. Jules RENARD avait, à sa façon, admirablement résumé le problème. Il disait que « nul n'est censé ignorer la loi. Il y a plus de deux cent mille lois »¹¹⁴⁵. Les critères, nombreux et parfois difficiles à appréhender, peuvent conduire les parties, et spécialement les consommateurs, à se cantonner au recours de prestataires implantés sur le sol français, ce que d'aucuns ont appelé le fractionnement du marché¹¹⁴⁶. Pourtant, les dispositions de police sont réputées s'appliquer indépendamment de toute règle de conflit de lois. Lorsque l'on se penche sur le mécanisme qui gouverne leur fonctionnement et sur les critères qui permettent leur efficacité, il y a lieu de conclure que ces dispositions n'ont pas de caractère automatique. Par ailleurs, l'adossement de sanctions pénales à ces dispositions conduit à revisiter complètement les principes classiques de localisation sur le plan pénal. Une preuve de l'incertitude des solutions applicables peut être recherchée dans l'affaire Alsace-Moselle, non seulement du fait des nombreux rebondissements auxquels elle donna lieu, mais également du fait qu'aucune sanction pénale n'a été envisagée. Est-ce par hésitation, ou du fait que les intérêts servis par l'Etat n'étaient pas menacés par le comportement du prestataire ? On le voit, la part belle est laissée à l'interprétation. Dès lors, l'adage *nemocensetur ignorare legem* se trouve éminemment discutable.

666. Conclusions. A notre sens, la localisation de l'exercice de l'activité professionnelle est une question de méthode et de gestion d'intérêts que les auteurs des textes souhaitent préserver. L'Etat, les bénéficiaires – consommateurs ou non, et les professionnels n'ont pas tous les mêmes. Si les premiers visent à la préservation de l'ordre social et économique, tous les autres sont plus attachés à la sécurité des transactions, sous réserve de satisfaire à l'objectif de protection de la partie faible. A ce

¹¹⁴⁵ Jules RENARD, *Journal*.

¹¹⁴⁶ Voir BROUWER (F. de) et MARTY (C.), *Op. cit.*, *passim*.

jour, cette diversité d'intérêts n'est pas suffisamment mise en évidence, et ne guide pas assez le raisonnement. Pour preuve, le financement de réseaux terroristes, empruntant un schéma contractuel non écrit, a pu permettre à des personnes implantées sur le territoire de l'Union européenne de se livrer à de véritables opérations bancaires – collecte, transferts de fonds, mise à disposition de fonds – sans que les autorités n'aient pu réagir. Certes, cela peut tenir à un problème de preuve des relations contractuelles. Mais il nous semble que l'on pourrait en tirer quelques leçons. Il apparaît possible d'envisager, compte tenu des difficultés que présente la version actuelle de la méthode et des critères qu'elle emploie, une analyse prospective de la théorie de la localisation.

Titre 2. La localisation de l'exercice de l'activité : analyse prospective

667. Considérations générales. M. le Professeur Jean-Michel JACQUET avait mis en exergue une perception dynamique de l'internationalité, à savoir l'internationalisation¹¹⁴⁷. Selon lui, l'internationalisation recouvre deux aspects, liés mais distincts. L'internationalisation désigne d'abord l'augmentation du nombre et de la fréquence des relations internationales, telles que les contrats, les investissements, etc., alors que « l'univers demeure fondamentalement inchangé et dominé par la division du monde entre Etats souverains et disposant chacun de leur propre système juridique »¹¹⁴⁸. Elle désigne ensuite « l'internationalisation des normes ou des institutions »¹¹⁴⁹. Cette dichotomie a le mérite d'envisager la notion de façon claire. D'autant que concernant le premier élément que M. le Professeur JACQUET met en exergue, il précise bien que cette internationalisation aboutit à des normes concernant plusieurs Etats, au rang desquelles il fait figurer celles qui concernent les Espaces Economiques Intégrés¹¹⁵⁰. A partir de ce constat, il est logique que la localisation des comportements et des situations dans l'espace en soit affectée. C'est pour cela qu'il apparaît opportun d'envisager une analyse prospective, dynamique, de la localisation appliquée à l'exercice de l'activité bancaire ou financière.

668. La notion d'analyse prospective. Avant toute autre considération, il convient de préciser ce que l'on entend par analyse prospective. Nous voulons, sous ce vocable,

¹¹⁴⁷ JACQUET (J.M.), Rapport introductif, in « L'internationalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 26 octobre 2001 organisé par l'université de Toulouse I », *Revue Lamy de Droit des affaires*, février 2002, supplément, pp. 5 à 10, spécialement pp. 6 à 8.

¹¹⁴⁸ *Ibidem*, *Op. cit.*, page 7.

¹¹⁴⁹ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

¹¹⁵⁰ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*. Remarquons que cette manière de raisonner nous conforte dans notre idée que l'Union Européenne est construite sur des fondements internationaux.

signifier que la théorie de la localisation, appliquée aux dispositions intéressant les monopoles bancaires et financiers, est amenée à évoluer, en raison de plusieurs facteurs. Nous proposons de recenser ces facteurs, et de montrer comment ils peuvent affecter, à plus ou moins longue échéance, le système de localisation que nous avons détaillé, et qui est basé, on le rappelle, sur une méthode particulière et sur une diversité de critères répondant chacun à certains intérêts.

669. Intérêt. Nous avons parlé, à travers les réflexions de M. le Professeur Jean-Michel JACQUET, d'internationalisation des situations et des normes. Il y a là un premier élément déclencheur de cette évolution. Ce n'est cependant pas le seul. Nous avons mis en exergue un certain nombre de difficultés, qui justifieront, elles aussi, que l'on soit tenté de réaliser une analyse prospective de la théorie de la localisation. L'entreprise peut paraître hasardeuse, ou ambitieuse, compte tenu de la complexité de ce que nous avons décrit. Mais c'est précisément parce que certains aspects de la législation applicable prêtent le flanc à la critique et que certaines évolutions sont perceptibles que nous estimons utile d'appréhender ce que pourra devenir, à plus ou moins long terme, le système que nous avons décrit.

670. Démarche. Pour appréhender ce que pourra être la localisation des éléments permettant de matérialiser l'atteinte aux monopoles bancaires et financiers, nous montrerons que des évolutions pourront affecter la manière de localiser. Cela tient à un certain nombre de raisons, notamment, peut-être, l'évolution des types d'opérations. Ensuite, compte tenu des tentatives visant à rapprocher les législations, et plus généralement de tous les phénomènes d'acculturation et d'asynchronismes que nous avons décrits en première partie, nous montrerons que la nécessité même de localiser est amenée à connaître des évolutions notables. Si nous avons décidé d'envisager les évolutions dans cet ordre, cela tient à ce que chronologiquement, le premier type d'évolution nous paraisse susceptible d'intervenir avant le second.

671. Importance de la diversité des intérêts préservés par les textes. Nous avons, jusqu'à présent, lourdement insisté sur la nature et la diversité des intérêts que les dispositions pertinentes cherchaient à sauvegarder. Que ce soit la protection d'intérêts étatiques ou la protection d'intérêts catégoriels – les catégories étant les prestataires et les bénéficiaires des prestations – la démarche de localisation telle que nous l'avons envisagée présentait un certain nombre de difficultés. A notre sens, la nécessité de mieux tenir compte des intérêts préservés doit aboutir à une double évolution quant à ce que pourrait devenir la localisation des atteintes aux monopoles bancaires et financiers. Et c'est en fonction de chacun de ces intérêts que l'on pourra proposer des évolutions, et des moyens d'aplanir les difficultés que nous avons mises en exergue.

672. Les évolutions possibles. Nous avons vu que les intérêts catégoriels devaient se démarquer de l'intérêt général à plusieurs égards. A ce titre, les dispositions de droit pénal sont les seules à intervenir uniquement dans le but de défendre les atteintes portées à l'ordre social. Les autres trains de dispositions servent également un intérêt catégoriel. C'est pourquoi, à notre sens, deux séries de solutions semblent se dégager. D'abord, il conviendra d'éliminer les difficultés par l'adoption de règles de droit matériel. Lesquelles tiendront évidemment compte des intérêts à préserver. Ce type de solution conviendrait très bien dans le « pré carré » des intérêts de l'Etat, c'est-à-dire en matière

pénale (Chapitre 1). Puis, nous pourrions envisager la possibilité d'éliminer les difficultés rencontrées par la sécrétion de règles de droit par les milieux préservés eux-mêmes (Chapitre 2). Enfin, il semble que la problématique de la localisation soit amenée à changer d'entité géographique de référence, en cela que les espaces économiques intégrés seraient appelés à en devenir le principal théâtre (Chapitre 3).

Chapitre 1. Elimination des difficultés par l'adoption de règles de droit adaptées

673. Deux secteurs d'intervention. Nous avons mis en évidence des difficultés tenant à l'absence de sécurité juridique des opérations. Il en résulte que d'une part, les prestataires peuvent être quelque peu frileux à se lancer à la conquête de nouveaux marchés, et les bénéficiaires n'ont pas forcément d'assurance quant à la teneur des dispositions appliquées¹¹⁵¹. Nous avons vu que les critères qui permettaient l'efficacité internationale des dispositions de police, tels qu'ils sont envisagés par le droit international privé français sont variés. L'adoption de règles de droit pourra intervenir, en premier lieu, sur les critères d'application des textes pertinents. Ensuite, des efforts pourront être faits quant aux activités couvertes par les monopoles professionnels que nous étudions, dans la mesure où nous avons montré que leur champ d'application *ratione materiae* influait très fortement sur leur application *ratione loci*, notamment par le biais du prolongement de l'application territoriale des textes.

Section 1. Concernant les critères : adoption de règles de droit matériel

674. Constat. Le premier constat qui doit être fait est que concernant la localisation des atteintes portées aux réglementations internes relatives à l'accès et à l'exercice des professions bancaires et financières, il n'existe à ce jour aucune convention internationale. Même l'Union européenne, qui s'est intéressée à ces activités, n'a pas établi de solution particulière sur ces questions, mis à part ce que nous avons étudié relativement au critère du siège social et au rôle particulier que nous lui décelons. C'est dire qu'il y a autant d'interprétation de ces critères que d'Etats dans le monde. Certes, la Convention de Rome sur les obligations contractuelles fournit bien certaines réponses, mais elle suscite d'abord certaines difficultés d'interprétation, et elle est cantonnée quant à son objet. Or, nous avons vu que l'activité bancaire ou financière ne supposait pas forcément la conclusion de contrats, puisque aussi bien le démarchage ou l'offre de prestation fait partie de cette activité.

675. Intérêts du procédé. L'objectif d'une telle démarche serait de cristalliser certains problèmes. D'abord, et ce n'est pas le moindre de ses intérêts, cela permettrait aux Etats parties à la convention à mettre en place de s'accorder sur le principe d'une réglementation des activités bancaires et financières, et ce de manière plus contraignante

¹¹⁵¹ Voir BROUWER (F. de) et MARTY (C.), La communication de la Commission européenne en matière de commerce électronique et de services financiers – Vers un véritable marché intérieur des services financiers ?, *Banque et Droit*, n° 76, mars-avril 2001, pp. 8 à 21, spécialement page 14.

que ce que les principes généraux pour un contrôle bancaire efficace n'autorisent actuellement¹¹⁵². En fait, l'idée est d'éviter la prolifération de paradis bancaires. Ensuite, à défaut de parvenir à une législation mondiale unifiée – à notre avis irréalisable pour l'instant, bien qu'elle puisse être souhaitée¹¹⁵³ – le procédé permet une sorte de socle minimal de données et de principes communs, devant s'appliquer à toute législation concernant l'accès et l'exercice des activités bancaires et financières, tout en laissant à chaque Etat le soin d'élaborer sa propre législation en accord avec les dispositions conventionnelles.

676. Démarche. L'on pourrait envisager d'adopter une convention internationale qui procède à une unification des règles applicables à l'accès et à l'exercice des professions bancaires et financières. Cependant, ce point de vue nous apparaît déraisonnable. En effet, l'on connaît de nombreuses difficultés à y parvenir sur le plan des espaces économiques intégrés¹¹⁵⁴, puisque la plupart des directives qui régissent la matière sont, pour l'instant, fondées sur une démarche d'harmonisation minimale. C'est pour cela qu'il apparaît plus raisonnable d'envisager une solution moins ambitieuse pour l'instant. Nous avons établi précédemment que les difficultés que l'on pouvait percevoir sur les critères d'application internationale des textes pertinents étaient de deux ordres, et tenaient d'une part à l'appréhension des critères et d'autre part à la gestion de leur nombre. Les propositions d'amélioration de l'existant, concernant les critères, porteront donc sur ces deux points.

§ - 1 Concernant l'appréhension des critères

677. Les possibilités. Nous avons vu que les interprétations pouvaient diverger, quant à l'appréhension des critères. Notre proposition consistera à aplanir ces divergences, en adoptant des règles permettant de conduire à une interprétation uniforme de ces critères. L'une des possibilités qui a été avancée, et même souhaitée par certains, et qui pourrait répondre à ces problèmes de divergences d'interprétation, est la création d'un « juge virtuel international »¹¹⁵⁵. L'autre irait un peu plus loin, et pourrait être la rédaction d'une convention fixant ab initio la solution aux problèmes de localisation rencontrés, notamment en terme d'appréhension des critères.

A) Le juge virtuel international.

678. La problématique du juge virtuel international. M. le Professeur Erik JAYME appelle de ses vœux la création d'un tel juge, qui serait compétent pour toutes les affaires

¹¹⁵² Voir nos développements, *infra* n° 758.

¹¹⁵³ Voir ASCENSIO (H.), Les activités internationales des banques : liberté ou contrôle ?, *Clunet*, 1993, pp. 255 à 297, spécialement pp. 259 et suivantes.

¹¹⁵⁴ Voir BROUWER (F. de) et MARTY (C.), *Op. cit.*, page 14.

¹¹⁵⁵ Voir JAYME (E.), Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation, *R.C.A.D.I.*, 2000, II, Vol. 282, pp. 9 à 40, spécialement page 32.

relatives à Internet ¹¹⁵⁶. Cet auteur estime que ce juge virtuel ressemble à un tribunal arbitral compétent selon les clauses compromissaires stipulées par les parties ¹¹⁵⁷. A notre sens, l'avantage d'une telle solution, celle du juge international, résulte dans l'unité d'interprétation de critères, ceux-ci pouvant très bien provenir de législations différentes. Cela étant, on peut se demander s'il est opportun, et même possible, d'aller plus loin que ce que préconise M. JAYME. Peut-on raisonnablement rêver d'une véritable juridiction virtuelle internationale, avec un pouvoir de coercition ? Il nous paraît que deux séries de problèmes majeurs semblent se dessiner. Il s'agit d'abord de difficultés ayant trait au caractère international de la juridiction à établir, et il s'agit ensuite de difficultés ayant trait à son caractère virtuel.

679. Problèmes liés au caractère international de ce juge. Ces problèmes sont de deux ordres. D'abord, il faudra nécessairement prévoir la place de ce tribunal vis-à-vis des ordres juridiques internes. Quelle sera sa mission effective ? Pourra-t-il prescrire aux juridictions étatiques de pourvoir à l'exécution de ses décisions ? Son rôle sera-t-il limité à une simple interprétation ? Qu'en est-il d'un organe d'appel ? Ces difficultés ne sont pas insurmontables, mais il conviendra aux Etats de prévoir leur solution lors de l'élaboration de la convention mettant ce juge international en place. Qui plus est, ce « juge virtuel » nous paraît devoir être cantonné à un rôle d'interprétation, puisque c'est précisément la difficulté que nous tentons de trancher. Sur ce plan, la question qui doit être tranchée est le caractère coercitif des décisions de cette juridiction, et les moyens d'assurer cette coercition. Là encore, une solution conventionnelle peut trancher ce type de difficultés, ne serait-ce que sur la base de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Son article 26, intitulé *Pacta sunt servanda*, dispose que « Tout traité en vigueur lie les Parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. ». Le recours à des moyens de coercition pourrait très bien être prévu par la convention qui instituerait cette juridiction. Le deuxième problème est plus « rampant ». En effet, la personnalité des membres qui composent ce tribunal devra être choisie avec soin, pour une raison simple. Des blocs de cultures, y compris juridiques, coexistent à travers le monde. Ainsi, et les comparatistes le savent fort bien, un juriste de common law ne raisonnera pas de la même manière qu'un juriste à tendance romano-germanique, par exemple. C'est pour cela qu'une instance collégiale s'impose, dans laquelle chaque tendance pourrait être représentée.

680. Problèmes liés au caractère virtuel. Paradoxalement, son caractère virtuel peut être un facteur bénéfique. Si ce juge peut répondre en ligne aux questions posées, cela pourrait contribuer à le rapprocher des personnes qui seraient susceptibles d'y faire appel, et serait facteur de rapidité. Cependant, ce tableau presque bucolique doit être nuancé : sommes-nous assez sûrs du procédé pour garantir que la décision a bien été rendue conformément aux règles fixées par la convention qui mettrait un tel juge en place ? A défaut de réelle audience publique, il serait assez difficile d'en juger. Cela étant, puisque le rôle dans lequel nous pourrions le cantonner serait celui d'une interprétation, que l'on pourrait limiter à la réponse à des questions préjudicielles, la procédure n'aurait peut-être qu'une importance relative. L'on peut également, à l'instar de M. KNOEPFLER,

¹¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹¹⁵⁷ *Ibidem, op. et loc. cit.*

envisager la création d'un véritable arbitre en ligne ¹¹⁵⁸, y compris dans les litiges avec les consommateurs.

B) La convention internationale de droit matériel

681. Les limites de la solution conventionnelle. Pour qu'une norme fixant d'ores et déjà la solution à un litige posé soit suffisamment efficace, il convient que celle-ci soit suffisamment adaptable. Or, pour ce faire, il faut adjoindre au texte une entité chargée de le faire évoluer, de l'interpréter. A défaut, l'on risque d'enserrer les solutions dans une sorte de carcan, ce que les professionnels des secteurs d'activités en question ne sauraient considérer comme acceptable. Le risque est donc une certaine rigidité, face à l'ingéniosité et l'imagination des professionnels à inventer de nouveaux services à mettre sur le marché. Il faut également veiller à ce que l'application de la convention soit possible par les tribunaux des ordres juridiques internes. Partant de là, et si l'on veut aplanir les difficultés ou les divergences d'interprétations, il semble préférable de prévoir un certain nombre de guides, à l'instar de ce qu'a réalisé la C.J.C.E. pour l'interprétation de ses décisions ¹¹⁵⁹. La seconde limite est que comme toute convention internationale, chaque Etat est libre de la ratifier ou non, de participer aux négociations ou non. C'est dire que certains Etats, et notamment les paradis bancaires ou fiscaux, ne signeront jamais une convention permettant de clarifier les rapports entre la banque, par exemple, et les usagers, dans la mesure où ces pays fonctionnent sur la base du principe de l'opacité des relations. Cela étant, il doit immédiatement être précisé, à titre de tempérament, que même ces pays ont tout intérêt à commercer avec d'autres Etats, et que partant, ils doivent se doter de tout l'arsenal juridique nécessaire pour y parvenir. C'est-à-dire des législations claires et transparentes, permettant aux investisseurs ou aux épargnants étrangers d'affecter une partie de leurs fonds en toute sécurité dans des établissements situés à l'extérieur de leur Etat de résidence.

682. Le domaine d'intervention des normes matérielles. Partant de ce qui précède, c'est-à-dire la conjonction de l'interprétation uniforme et de la rigidité, il conviendrait, à notre sens, d'utiliser le procédé pour les éléments de la théorie de la localisation qui sont le moins évolutifs. Il s'agit, selon nous, du volet pénal des atteintes aux réglementations internes sur l'accès et l'exercice des professions bancaires et financiers. Dans cette convention de droit matériel, il pourrait être judicieux d'intégrer toute précision utile quant à l'opportunité et le principe d'une pénalisation, la définition de l'infraction ¹¹⁶⁰, la condition d'habitude, etc. Il serait surtout judicieux de préciser les éléments permettant de localiser une violation des interdictions de jouissance, et comment opérer le rattachement entre l'infraction et le territoire. Des notions telles que

¹¹⁵⁸ Voir KNOEPFLER (F.), *L'arbitrage on line : une vraie solution pour les conflits entre fournisseurs et consommateurs*, in *Mélanges en l'honneur de Bernard DUTOIT*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Librairie Droz, Genève, 2002, pp. 153 à 163.

¹¹⁵⁹ Voir le guide de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes relative aux articles 49 et suivants du Traité CE : la libre prestation de services établi par la Commission européenne, au 1^{er} janvier 2001, disponible à l'adresse http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/services/services/art49_fr.pdf.

l'activité, l'activité professionnelle, l'activité habituelle, etc. pourraient figurer dans cette convention ¹¹⁶¹. Pour les manquements administratifs, un tel dispositif conventionnel pourrait également être adopté, mais nous verrons que le principal intérêt est ailleurs que dans la détermination du critère. Concernant les conséquences civiles des manquements, la solution paraît trop rigide. Enfin, il faut tout de même préciser que cette convention de droit matériel devra s'insérer, être coordonnée avec d'autres – Convention de Rome, par exemple ¹¹⁶².

§ - 2 Concernant la diversité des critères

683. Les possibilités. La réflexion comportera deux axes. Il s'agit d'abord d'apprécier la possibilité d'un critère unique, et surtout global, qui fonctionnerait en toute hypothèse. Nous verrons dans quelle mesure cette possibilité relève de la chimère, en l'état actuel des données. Ensuite, la question de la gestion conventionnelle de la pluralité de critères pourra être plus sérieusement envisagée.

A) Le critère unique.

684. La problématique du critère unique. La question paraît simple : peut-on envisager un critère unique de localisation, qui vaudrait aussi bien pour l'infraction que pour toutes les autres formes d'atteintes aux monopoles professionnels étudiés ? Cela conduirait sans doute à l'adoption d'une convention, qui définirait ce critère. La solution pourrait être séduisante, car simplificatrice, dans la mesure où l'une des distinctions entre disposition de droit pénal et disposition de police disparaîtrait. Mais certains risques de la méthode étudiée ici interdisent quasiment d'y avoir recours.

¹¹⁶⁰ Voir HUET (A.), Droit pénal international et Internet, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 663 à 686, spécialement page 683. L'auteur ne remet pas en cause la nécessité d'une convention internationale définissant des comportements pénalement sanctionnés. Il estime simplement qu'une convention spécifique à Internet serait inutile. Voir également SIMON (J.), Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires, in *Le Juge et le droit de l'économie, Mélanges en l'honneur de Pierre BÉZARD*, Petites Affiches-Montchrestien, Paris, 2002, pp. 147 à 166, spécialement page 165.

¹¹⁶¹ Un tel recours à la norme internationale a déjà été envisagé en matière pénale. Voir DELMAS-MARTY (M.), L'ébauche d'un droit pénal économique européen : de la convention interétatique au *corpus juris* supraétatique, in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, éd. Frison-Roche, Toulouse, 1999, pp. 121 à 138 ; La pénalisation internationale des activités économiques : un espace à géométrie variable, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 401 à 414. Voir encore GRASS (R.) et SOULARD (Ch.), *Juriscl. Europe*, Fasc. 460, Droit communautaire et matière pénale.

¹¹⁶² Voir en ce sens FERRARI (F.), Les rapports entre les conventions de droit matériel uniforme en matière contractuelle et la nécessité d'une interprétation interconventionnelle, *Clunet*, 2003, pp. 791 à 809. Cet auteur analyse de manière très précise la problématique posée par la coordination des conventions internationales entre elles. Il estime qu'une cohérence peut être dégagée parce que certains textes ont été conçus sur le modèle d'autres conventions.

685. Les risques. Nous avons déjà lourdement insisté sur l'importance de satisfaire certains intérêts, tant généraux que catégoriels. Or, l'adoption d'un critère unique ne permet pas de prendre en considération la pluralité d'intérêts, et leur diversité. Il faudrait une rédaction des plus souples, et donc sujette à de nombreuses et variables interprétations, pour qu'un critère unique puisse être envisagé. De plus, procéder par ce type de raisonnement à l'échelle internationale relève, à notre sens, de la plus pure utopie. En effet, les différences existant entre les législations internes sont telles que l'adoption d'un critère unique peut aboutir à des solutions susceptibles d'aller à l'encontre des intérêts des protagonistes. Le dernier risque tient au caractère rigide de ce procédé, mal adapté à l'imagination des professionnels en termes de services proposés d'une part, et à l'évolution du progrès technique d'autre part. Il convient donc de rejeter purement et simplement cette hypothèse, pour nous consacrer à la gestion, par voie de convention, de l'ensemble des critères d'efficacité internationale des dispositions de police locales.

B) La gestion conventionnelle de la pluralité de critères.

686. Problématique et intérêt. L'intérêt d'un tel dispositif est de combler au moins l'une des lacunes du système précédent. En effet, en acceptant que plusieurs critères coexistent, les Etats laissent la possibilité de tenir compte de la pluralité d'intérêts en présence. La solution conventionnelle devra alors prévoir les modalités d'intervention de chacun des critères : intervention en cascade, intervention simultanée, cumulative...

687. Technique utilisée. Il convient de préciser ici que la solution conventionnelle qui s'attaque à la gestion des critères d'application des dispositions internes n'aboutit à aucune unification de la règle de droit, elle permet une simple cohabitation. C'est la mise en œuvre de la technique de la coordination, qui pourrait être adaptée si notre effort ne devait se concentrer que sur ces critères.

688. Risques. Les griefs de rigidité que nous opposons à la méthode du critère unique sont atténués, certes, mais ne disparaissent pas totalement. L'importance cruciale de la rédaction doit être soulignée. Elle devra être suffisamment souple, pour permettre une adaptabilité à l'évolution du progrès technique. Un autre de ces risques est que l'Etat, défendant d'abord l'intérêt général, serait également chargé de négocier, avec les autres Etats, des questions qui n'intéressent que des catégories d'individus, telles que les usagers ou les professionnels. Or, il se peut très bien que l'Etat ne prenne pas suffisamment en considération, voire appréhende mal non pas la pluralité, mais la nature des intérêts à préserver, et par conséquent les moyens d'y parvenir.

689. Conclusion : le domaine d'intervention des règles matérielles concernant les critères. D'emblée, et compte tenu de ce qui précède, il semble judicieux de conclure que la solution du critère unique et global ne devrait pas trouver à s'appliquer. Elle ne recevra pas, en tout cas, notre approbation, compte tenu des griefs que nous lui avons adressés. En revanche, il est tout à fait possible de recourir à l'hypothèse de la pluralité de critères. Pour tenter de laisser à chacun le soin de défendre son propre intérêt, le système conventionnel pourrait prévoir des négociations sur les critères de localisation des infractions. De même, les critères relatifs aux manquements administratifs, dans la mesure où ce type de sanction existe dans d'autres pays, pourraient être discutés. Cela

pourrait être réalisé tout en laissant, nous l'aborderons ultérieurement, aux opérateurs eux-mêmes le soin de définir les critères d'efficacité internationale des dispositions de droit interne relatives aux sanctions civiles de la violation des interdictions.

Section 2. Concernant les textes régissant les activités couvertes : coordination, harmonisation ou unification des législations ?

690. Plan. Sur ce thème, l'on a remarqué précédemment que certaines activités n'étaient pas susceptibles de bénéficier de la reconnaissance mutuelle des agréments pour diverses raisons, notamment eu égard à des problèmes de définition. Ce type de problème nécessite de se pencher sur l'opportunité de rapprocher les législations¹¹⁶³. Il existe trois manières d'y parvenir : la coordination, l'harmonisation et l'unification. Ces notions devront être définies et comparées, en termes d'avantages et de limites, pour savoir quelle méthode est préférable. Il se pourra que plusieurs soient envisageables.

§ - 1 Les termes de l'alternative

691. Présentation des trois hypothèses. Lorsque l'on réfléchit à l'adoption de règles de droit, et notamment au rapprochement de textes qui existent déjà, trois solutions se présentent¹¹⁶⁴. La première consiste à coordonner les législations internes, sans les harmoniser. La seconde consiste à les harmoniser¹¹⁶⁵, c'est-à-dire à rapprocher leur contenu, sans toutefois que l'on puisse les confondre. La troisième consiste à unifier les textes applicables. Nous envisagerons successivement les trois solutions.

A) Concernant la coordination des législations

692. Méthode. La coordination de législations, telle que nous l'entendons ici, consiste à raisonner en termes de conflits de lois, et à inclure dans une convention internationale les règles qui seraient issues de ce raisonnement. Comme l'indique Mme le Professeur Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO¹¹⁶⁶, la coordination « part du schéma classique des

¹¹⁶³ Le vœu n'est pas nouveau. Voir GAVALDA (C.), Problèmes de droit bancaire international posés par l'affaire Intrabank, *R.C.D.I.P.*, 1969, pp. 1 à 15, spécialement page 15.

¹¹⁶⁴ Voir ANCEL (M.), Rapprochement, unification ou harmonisation des droits ? in *Mélanges Gabriel MARTY*, pp.1 à 13.

¹¹⁶⁵ Sur les différentes déclinaisons de la notion d'harmonisation, voir VAN HOUTTE (H.), La modélisation substantielle, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 207 à 236. L'auteur y fait une très intéressante distinction entre l'harmonisation formelle et l'harmonisation informelle. Voir également RUEDA (I.), Réflexions sur la notion d'internationalité en droit, *R.R.J.*, 2003-1, pp. 107 à 118.

¹¹⁶⁶ Voir POILLOT-PERUZZETTO (S.), Réflexion sur les méthodes de coordination/unification dans le cadre de l'évolution des ordres juridiques, *Conférence générale des Tribunaux de Commerce*, 19 octobre 2000, disponible à l'adresse <http://www.peruzzetto.com/art/unifcoor.art.htm>. Pour un autre fondement, voir CLAROTTI (P.), La coordination des législations bancaires, *R.M.C.*, 1982, pp. 68 à 88, qui estime que l'harmonisation et la coordination sont à distinguer en fonction du texte du Traité CE qui les appliquent.

ordre nationaux qui doivent pouvoir communiquer entre eux, pour répondre à l'existence de situations internationales. Cette méthode de coordination entre normes étatiques utilise la technique conflictuelle par laquelle, classiquement, chaque ordre juridique national propose une solution, pour des situations internationales, ou présentant un élément d'extranéité, à la question de la loi applicable, de la compétence de ses juges nationaux, des conditions de réception, dans son ordre, des jugements rendus à l'étranger ». Elle constate aussitôt que cette méthode est la plus utilisée, parce qu'elle est un pis aller. Elle intervient lorsqu'un instrument d'unification n'a pu être pris, et il est vrai qu'elle l'est également quant à notre domaine d'investigations. Cet auteur indique également très clairement les limites d'une telle méthode.

693. Appréciation – inadéquation des systèmes internes de coordination . La première limite est que chaque Etat propose son propre système de coordination, sauf convention de droit international privé. Dès lors, et c'est l'hypothèse qui nous retient ici, il serait nécessaire, pour améliorer l'existant, de procéder à une coordination internationale par convention, spécifique aux secteurs d'activité étudiés. Si un tel modèle, ainsi corrigé, peut sembler adapté à la gestion des critères de rattachements, il n'en va pas de même concernant les activités réglementées, car elle laisserait subsister une disparité de législations dont nous avons vu qu'elle pouvait être à l'origine de difficultés, notamment quant à nos établissements spécialisés dans le crédit à la consommation, et quant à la fulmination des sanctions administratives ou pénales.

694. Tentatives de coordination à l'échelle de l'Union européenne. La Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles fait l'objet de débats, notamment sur l'application et la rédaction de son article 7 consacré aux « lois de police »¹¹⁶⁷. Le Groupe européen de droit international privé propose d'intégrer dans l'article 7 une référence à la jurisprudence Alsace-Moselle de la C.J.C.E. pour que les dispositions impératives du for ne constituent pas une violation de l'exigence de reconnaissance mutuelle des normes nationales « affectant la production ou la commercialisation de produits ou de services »¹¹⁶⁸. La Commission a estimé que si la Convention de Rome devait être transformée en instrument communautaire, il conviendrait de se poser la question du devenir de cet article 7 puisqu'un tel instrument serait incompatible avec la faculté qu'ont les Etats d'émettre des réserves.

B) Concernant l'harmonisation des législations

695. Méthode. Cela consiste à éliminer les différences les plus marquées entre diverses législations, afin de les rendre compatibles les unes avec les autres. L'harmonisation

¹¹⁶⁷ Voir FALLON (M.) et LAGARDE (P.), Groupe européen de droit international privé, Commentaire consolidé des propositions de modification des articles 3, 5, 6, 7 et 9 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et de l'article 15 du règlement 44/2001/CE (règlement Bruxelles I), <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-documents-11ccf.html> ; et voir COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, du 14 janvier 2003, COM (2002) 654 final, point 3.2.11..

¹¹⁶⁸ Voir FALLON (M.) et LAGARDE (P.), *Op. cit.*, point n° 34.

comprend plusieurs degrés ¹¹⁶⁹ : l'expérience européenne montre qu'il existe des harmonisations minimales, utilisées jusqu'à présent comme un pis-aller dans les secteurs bancaires et financiers, et l'harmonisation maximale, que l'on commence à utiliser, notamment concernant le crédit à la consommation. Concernant la commercialisation à distance des produits financiers, c'est seulement vers une solution intermédiaire que les rédacteurs se sont tournés. Enfin, des réflexions intéressantes ont été avancées concernant la matière pénale.

696. Appréciation. L'approche minimaliste a été utilisée systématiquement jusqu'à présent. Elle laisse subsister des disparités entre les différentes législations internes. Elle a cependant permis de franchir une première étape dans le processus de création d'un marché unique, car elle traduit un consensus, et laisse les points d'achoppement sans réponse commune. L'approche maximaliste, que d'aucuns appellent de leurs vœux ¹¹⁷⁰, ne permet pas aux Etats d'adopter ou de maintenir des règles plus strictes. L'on peut s'en réjouir, sur le principe. En revanche, ce type d'harmonisation nécessite forcément que le texte adopté soit cohérent. Nous allons voir que des améliorations peuvent être recherchées sur ce plan, au travers des exemples de la commercialisation à distance des produits financiers et du crédit à la consommation.

697. Application existante – commercialisation à distance des produits financiers – approche intermédiaire. A défaut d'avoir pu procéder d'un accord sur une solution maximale, bien que cela était le vœu de Commission autant que du Parlement européen, la directive sur la commercialisation à distance des produits financiers adopte une solution de compromis. En effet, comme le soulignent Frédéric de BROUWER et Catherine MARTY, « seul un nombre restreint d'Etats membres seraient prêts à accepter l'approche de l'harmonisation maximale. Les autres Etats souhaitent conserver la possibilité d'adopter des mesures plus protectrices des consommateurs que celles prévues par la directive » ¹¹⁷¹. Concernant les activités couvertes, ce que l'on appelle le domaine coordonné, l'article 2, paragraphe b de cette directive assimile aux services financiers « tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements ». Elle ne renvoie donc pas uniquement à la notion de services d'investissement telle qu'issue de la D.S.I., et tente d'adopter une optique large.

698. Application émergente – crédit à la consommation . Une directive est actuellement en préparation concernant ce secteur d'activités. Une proposition a même été publiée ¹¹⁷². L'approche choisie est maximaliste. Ce type d'harmonisation permettra d'instaurer un véritable marché unique du crédit aux particuliers. La directive réaffirme également le caractère impératif des dispositions nationales de transposition ¹¹⁷³. Elle

¹¹⁶⁹ Voir ANCEL (M.E.), *Jurisl. Banque et crédit*, Fasc. 1010, Opérations de banque intra-communautaires – aspects statutaires, spécialement n° 4.

¹¹⁷⁰ Voir SOUSI (B.), L'harmonisation des services financiers et le juge national, in *Le Juge et le droit de l'économie, Mélanges en l'honneur de Pierre BÉZARD*, Petites Affiches-Montchrestien, Paris, 2002, pp. 197 à 208.

¹¹⁷¹ Voir BROUWER (F. de) et MARTY (C.), *Op. cit.*, page 14.

laisse aux Etats membres le soin de déterminer les sanctions applicables en cas de violation. Celles-ci doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives ». Cette directive vise à concilier la construction d'un marché unique du crédit à la consommation d'une part et la sécurité des consommateurs emprunteurs d'autre part. Mais des améliorations peuvent être recherchées sur la cohérence du texte. L'actuelle mouture de la proposition de directive s'est, en opérant une sélection, inspirée des législations internes et a repris dans chacune d'elle les dispositions qui sont considérées comme les plus protectrices des consommateurs. Un auteur a fort justement exprimé des craintes sur la mise en œuvre d'un tel procédé : « une approche maximaliste consistant, à la faveur d'un « law shopping », à extraire de chaque législation nationale les dispositions considérées comme les plus protectrices pour les additionner au niveau communautaire, s'avèrerait particulièrement néfaste. Elle ne pourrait qu'engendrer un régime inapproprié, de nature à paralyser le développement du commerce communautaire, à l'inverse du but recherché. Elle risquerait en outre d'entraver les activités concernées sur leur propre marché national. La proposition de directive sur le crédit aux consommateurs n'a pas évité cet écueil »¹¹⁷⁴. Relativement à la loi applicable et notamment les critères de rattachement, la proposition de directive n'apporte rien de plus au dispositif existant, et basé sur le recours à l'article 5 de la Convention de Rome – les opérations conclues avec les consommateurs – et l'article 4 fondé sur la prestation caractéristique. Partant de ce constat, M. GOURIO indique que le crédit à la consommation relèvera du premier texte s'il est dit « affecté », c'est-à-dire lié à la fourniture d'un bien ou d'un service, et du second pour les crédits non affectés¹¹⁷⁵.

699. Réflexions – matière pénale . D'intéressants travaux ont été menés quant à l'opportunité d'harmoniser les sanctions pénales en Europe¹¹⁷⁶. Ainsi, notamment, Mme LAMBERT-ABDELGAWAD conclut à ce sujet que « En termes de faisabilité, il importe de conclure que seuls certains domaines assez minoritaires pourraient actuellement faire

¹¹⁷² Voir la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit aux consommateurs, COM 2002/443 final, J.O.C.E., n° C.331E du 31 décembre 2002, pp. 200 à 248. Voir, pour une analyse de ce texte GOURIO (A.), Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe, *R.D.B.F.*, 2003, dossier, pp. 128 à 147, spécialement pp. 132 à 135. Voir également l'avis du Comité économique et social européen sur cette proposition, des 16 et 17 juillet 2003, J.O.C.E., n° C/234 du 30 septembre 2003, pp. 1 à 10 ; et le Rapport du Parlement Européen du 11 septembre 2003, n° A5-0310/2003.

¹¹⁷³ Voir GOURIO (A.), *Op. cit.*, page 132.

¹¹⁷⁴ Voir GOURIO (A.), *Op. cit.*, page 128. Voir également les fermes réserves formulées par le Comité économique et social, *Op. cit.*, § 4.11, page 9. Quant au Parlement Européen, sous la plume de son rapporteur, M. Joachim WUERMEILING, il fait état de critiques massives au sein de cette institution. Voir en ce sens le Rapport précité du 11 septembre 2003.

¹¹⁷⁵ *Ibidem*, *Op. cit.*, pp. 141 et 142.

¹¹⁷⁶ Voir DELMAS-MARTY (M.), GIUDICELLI-DELAGE (G.), LAMBERT-ABDELGAWAD (E.) (sous la direction de), Rapport final sur l'harmonisation des sanctions pénales en Europe – The harmonization of criminal sanctions in Europe, Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris (Université de Paris I/CNRS UMR 8103), Avril 2003, Société de Législation comparée, 2003.

l'objet d'un rapprochement acceptable par les différents systèmes surtout par déplacement vers des valeurs communes, et moins souvent en essayant de retenir le plus petit dénominateur commun. Ceci suppose une volonté politique clairement dynamique et volontariste ; peut-être la question de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales en Europe est-elle de nature à faciliter une prise de conscience pour une politique plus vaste d'harmonisation »¹¹⁷⁷. Cette analyse récente montre clairement que le droit pénal se trouve à un stade éloigné de l'harmonisation. A fortiori, l'unification du droit pénal ne saurait donc être à l'ordre du jour¹¹⁷⁸.

C) Concernant l'unification

700. Méthode. L'unification consiste à adopter un texte unique, qui s'appliquera directement, et qui fera – ou non – une synthèse des différentes législations en présence. Mme le Professeur POILLOT-PERUZZETTO distingue l'unification volontaire de l'unification spontanée. La première, selon cet auteur, est le fruit des Etats ou des organisations internationales telles la C.N.U.D.C.I. ou l'O.M.C.¹¹⁷⁹. L'unification spontanée est celle qui résulte du comportement des professionnels, des consommateurs, des arbitres et de la doctrine¹¹⁸⁰. Notons également que M. le Doyen STOUFFLET distinguait déjà ces deux types d'unification¹¹⁸¹, puisqu'il opposait l'unification par voie étatique de l'unification par voie non étatique. M. François RIGAUX, quant à lui, relevait deux domaines dans lesquels l'unification du droit international privé était traditionnelle, à savoir le droit des contrats et le droit de la responsabilité¹¹⁸².

701. Appréciation. M. le Président Marc ANCEL avait d'abord perçu trois limites à l'unification de la règle de droit. D'abord, toutes les questions ne sont pas susceptibles d'être unifiées¹¹⁸³. Ensuite, bien souvent, certains Etats parties aux accords visant à

¹¹⁷⁷ *Ibidem*, page 74.

¹¹⁷⁸ Voir PRADEL (J.), Vers une mondialisation du droit pénal, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude SOYER, l'honnête homme et le droit*, L.G.D.J., Paris, 2000, pp. 317 à 330.

¹¹⁷⁹ Voir RUIZ FABRI (H.), La contribution de l'Organisation Mondiale du Commerce à la gestion de l'espace juridique mondial, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 347 à 380, spécialement page 359 ; Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 303 à 334.

¹¹⁸⁰ Voir DELMAS-MARTY (E.) *et alii*, *Op. cit.*, page 74.

¹¹⁸¹ Voir STOUFFLET (J.), L'unification internationale du droit des affaires, Conférence donnée le 9 avril 1997 devant l'Association des amis de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, *R.J.A.*, 1997-1998, pp. 7 à 17.

¹¹⁸² Voir RIGAUX (F.), La réception des droits étrangers et des normes non étatiques dans l'ordre juridique international, *R.R.J.*, 1993-II, pp. 591 à 601, spécialement page 599.

unifier les règles applicables à un domaine donné émettent des réserves, excluant par là l'application de telle partie de la convention¹¹⁸⁴. Enfin, l'unification législative porterait sur des règles de droit, à l'exclusion des pratiques¹¹⁸⁵. M. le Doyen STOUFFLET a exposé quelles peuvent être les limites de l'unification. Le processus de l'unification par voie étatique « est lourd et lent et, par la force des choses, les traités conclus ou en préparation se bornent souvent à poser des solutions très générales (à l'opposé des usages), ayant vocation à s'appliquer universellement et à une grande variété de relations. Au surplus, leur avenir dépend de l'empressement des Etats à les ratifier. Et cet empressement est parfois limité¹¹⁸⁶ ».

702. Conclusion. Aucune de ces techniques ne saurait répondre à l'ensemble des difficultés soulevées, parce qu'elles ne sont pas adaptées au même contexte international. Si la méthode de coordination est aujourd'hui abondamment utilisée, c'est parce qu'elle constitue ce qu'un probabiliste appellerait l'univers des possibles. C'est-à-dire que cela représente la marge de manœuvre courante que les Etats acceptent de franchir à l'échelle internationale lorsqu'il est question d'étudier le rapprochement des dispositions internes sur une question de droit. Cela étant, les deux autres techniques ne sont pas purement et simplement abandonnées¹¹⁸⁷. Dès lors, il convient de rechercher quelle pourra être leur place, dans l'avenir, quant à la mise en œuvre de la localisation des atteintes aux réglementations des activités professionnelles des secteurs bancaires et financiers.

§ - 2 Propositions sur les domaines à couvrir par chaque technique

703. Mise en œuvre de plusieurs solutions. Les trois solutions que nous venons d'aborder peuvent permettre de répondre chacune à certaines difficultés. Nous pensons utile d'appliquer chaque type de méthode en fonction des limites que chacune d'entre elles présente. C'est-à-dire qu'il nous faudra expliquer pourquoi telle méthode est préférable à telle autre pour les questions considérées.

704. Nature des domaines d'intervention. A notre sens, il y a lieu, dans l'attente de

¹¹⁸³ Voir ANCEL (M.), *Op. cit.*, page 5.

¹¹⁸⁴ *Ibidem*, page 6.

¹¹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 6 et 7. Cela ne veut pas dire que l'on ne peut pas se servir de la pratique ou de la doctrine pour effectuer cette démarche d'unification... Voir MOULY (Ch.), La doctrine, source d'unification internationale du droit, *R.I.D.C.*, 1986, pp. 351 à 358.

¹¹⁸⁶ Voir STOUFFLET (J.), L'unification... précitée, page 25. Voir, pour une critique similaire du processus d'unification, COSNARD (M.), La création normative des Etats – Point de vue publiciste, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 149 à 172.

¹¹⁸⁷ Ainsi, les questions relatives au procès civil à travers l'espace européen sembleraient s'envisager de la sorte. Voir DOUCHY-OUDOT (M.), Le procès civil et les affaires transfrontalières : vers un espace judiciaire européen, in *Mélanges Pierre JULIEN, la justice civile au vingt et unième siècle*, Edilalx, Aix en Provence, 2003, pp. 161 à 181.

la mise en œuvre d'autres solutions, et notamment celle qui consiste à faire émerger des principes communs issus des milieux professionnels que nous approfondirons, ou la création d'un juge virtuel, de procéder à des actions concernant les pouvoirs des autorités de contrôle. Il convient également de s'intéresser à la liste des activités réglementées. Enfin, le cas particulier des relations conclues avec des usagers profanes doit être envisagé.

A) Les pouvoirs des autorités de contrôle

705. Dispositifs existants. Actuellement, la coopération entre les autorités de contrôle est le fruit de deux sources. D'abord, sur le plan communautaire, il existait le F.E.S.C.O., c'est-à-dire le Forum of European Securities Commissions, créé en 1997, et regroupant 17 autorités publiques de régulation de l'E.E.E.. Celui-ci avait notamment pour objectif de participer à une mise en œuvre correcte et efficace du marché unique européen dans le domaine des valeurs mobilières. Celui-ci a été remplacé en 2001 par le Comité Européen des Régulateurs de Marchés de Valeurs Mobilières¹¹⁸⁸. Sur le plan international, l'O.I.C.V., c'est-à-dire l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs, a notamment pour mission d'améliorer la coopération entre autorités, en matière d'enquêtes et d'échanges d'informations¹¹⁸⁹. Les autres systèmes employés sont des accords bilatéraux, tels celui qui existe entre la C.O.B. et la Commodity Futures Trading Commission, conclu en date du 6 juin 1990, liant les Etats-Unis et la France, et portant, notamment, sur les échanges d'informations entre autorités¹¹⁹⁰.

706. Problèmes posés. Ces organismes ne sont pas des autorités supranationales, et leurs travaux n'entraînent pas d'obligation particulière pour les Etats, et ils n'ont aucune force exécutoire. Dès lors, comme le soulignent les Professeurs Thierry BONNEAU et France DRUMMOND, il revient aux autorités nationales de mettre en œuvre, selon le dispositif qu'elles jugent adéquat, les normes et les règles de caractère général édictées par ceux-ci¹¹⁹¹. Par conséquent, l'on se trouve dans une situation dans laquelle les Etats qui ne souhaiteraient pas se doter d'une réglementation des professions bancaires et financières qui soit digne de ce nom pourraient très bien s'abstenir de coopérer dans le cadre de ces organisations. Cela étant, le système d'accords bilatéraux peut permettre de faire face à la disparité de législations, en attendant une harmonisation ou une unification.

¹¹⁸⁸ Voir BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (F.), *Droit des marchés financiers*, Economica, Paris, 2001, n° 43 ; et voir l'accord relatif à la charte de ce Comité, in COMMISSION DES OPÉRATIONS DE BOURSE (C.O.B.), Accord relatif à la charte du comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, *Bull. C.O.B.*, n° 358, juin 2001, pp. 65 à 71 ; BERGER (N.) et MERGELINA (M.A.), Un nouveau système de régulation communautaire des marchés de valeurs mobilières dans l'Union européenne, *R.M.C.U.E.*, 2001, pp. 529 à 535.

¹¹⁸⁹ *Ibidem*, n° 45.

¹¹⁹⁰ *Ibidem*, n° 44.

¹¹⁹¹ *Ibidem*.

B) Les activités couvertes par les réglementations internes

707. Généralisation de l'exigence d'un agrément : unification des conditions d'obtention. A l'échelle européenne ou sur la base d'accords de reconnaissance mutuelle tels que les autorisent les accords du G.A.T.S., les législations internes sont actuellement regardées comme identiques par les Etats parties alors qu'elles ne le sont pas dans les faits. Dès lors, il peut en résulter des distorsions de concurrence puisque le titre permettant l'exercice des activités que nous étudions sera plus facile à obtenir sur le territoire de certains Etats liés par de tels accords. Par conséquent, à notre sens, il conviendrait de mener une vaste réflexion à l'échelle internationale visant à unifier les conditions de l'obtention dudit titre, qu'il s'appelle agrément ou autrement.

C) Les relations conclues avec les usagers profanes.

708. Notion d'usager profane – unification du statut. Nous avons vu que le consommateur, l'épargnant, l'investisseur, le déposant, dans la mesure où l'on peut les qualifier d'usagers profanes, pouvaient bénéficier de la double protection des articles 5 et 7 de la Convention de Rome. A notre sens, ce statut est plus large qu'une simple définition de ce qu'est un usager profane¹¹⁹². Ainsi, si la directive sur la commercialisation à distance des produits financiers définit ce qu'est un consommateur, elle ne définit pas ce que recouvre exactement la démarche de protection : est-ce appliquer la loi la plus favorable, ou la loi la plus proche ? A notre sens, il y aurait lieu de prévoir une généralisation à l'échelle du monde de cette nécessité de protection, et de ce préciser ce qu'elle signifie.

¹¹⁹² Une unification nous paraît préférable parce qu'elle conduit à reconsidérer la situation du consommateur dans son ensemble. Ainsi, il ne saurait être possible d'accepter une simple harmonisation. Voir cependant SWEERTS (F.), L'harmonisation maximale pour la protection du consommateur européen, *Euredia*, 2000/1, pp. 5 à 10. Cet auteur conclut à ce qu'il faudrait « imposer aux Etats membres de dresser l'inventaire des dispositions protectrices des consommateurs qui vont au-delà de ce qui est déjà prévu dans les directives d'harmonisation minimale, supprimer dans les législations nationales les dispositions qui entraînent une distorsion de concurrence, harmoniser de manière maximale les nouvelles mesures de protection des consommateurs, et appliquer le principe de la reconnaissance mutuelle par les pratiques du commerce... et les services financiers qui n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation ». Une telle position ne saurait être soutenue, parce qu'elle laisse demeurer trop d'imprécisions. En effet, qu'est-ce qu'une disposition « qui va au-delà » d'un minimum requis ? Cela aboutit à aligner la protection du consommateur à un niveau plus faible que ce dont il bénéficiait... Ce serait, à notre sens, difficilement applicable. Dans quel sens se situe la distorsion de concurrence ? Et surtout, accorder la reconnaissance mutuelle à des secteurs d'activités non harmonisés aboutit, à notre sens, à une situation génératrice de *law shopping*. Pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué ? Voir, dans notre sens, DEFALQUE (L.), La protection du consommateur européen en matière de publicité et la réalisation du marché intérieur, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 817 à 841. pour le regret d'une approche centrée seulement sur l'harmonisation, voir PAISANT (G.), Un aperçu de la protection des consommateurs dans l'Union européenne à l'orée du 21^{ème} siècle, in *Mélanges en l'honneur de Bernard DUTOIT*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Librairie Droz, Genève, 2002, pp. 181 à 196. Pour le constat de l'insuffisance des efforts européens, voir BOUGRAULT (C.), La libre prestation de services et la protection du consommateur dans le cadre de la vente à distance de services financiers, Mémoire DESS, Université de Paris V, <http://www.droit.univ-paris5.fr/dess-bf/memoires/database/memoires/00442.doc>.

709. Nécessité d'unification des critères. Concernant les critères de rattachement, nous avons indiqué que les dispositions de police pertinentes attiraient à elles toutes les situations d'exercice illégal. Si cet exercice que nous supposons illégal porte, par exemple, sur une opération de crédit à la consommation, nous avons observé que le droit international privé français retenait le critère de l'offre de contracter, ou de la formation du contrat. L'on perçoit tout l'intérêt d'une unification de certains critères lorsque l'on découvre, par exemple, que le droit international privé portugais recourt à la combinaison de deux critères : celui de la résidence habituelle du consommateur au Portugal d'une part, et celui de l'offre ou publicité émise au Portugal d'autre part ¹¹⁹³. Ce système est calqué sur celui de la Convention de Rome, et notamment sur son article 5 ¹¹⁹⁴. A notre sens, la notion de résidence habituelle interdit aux consommateurs de passage ou en résidence occasionnelle dans l'un des Etats membres de l'Union de bénéficier des dispositions de police locales. Dès lors, il semble que la liberté de circulation des personnes puisse être quelque peu entravée.

710. Les tentatives d'évolution. Actuellement, d'importantes réflexions sont en cours en vue de modifier les dispositions de la Convention de Rome, tant concernant les contrats conclus avec les consommateurs – article 5 – qu'à propos des dispositions de police du for – article 7. Ainsi, sous la houlette de M. Marc FALLON, le groupe européen de droit international privé ¹¹⁹⁵ a estimé qu'il fallait dépasser la notion de « consommateur passif ». Il y a lieu d'entendre par là le consommateur qui demeure dans l'Etat de sa résidence, et qui est sollicité. Le groupe souhaite également limiter l'importance de la localisation d'un acte ou d'un fait, tel le lieu de diffusion d'une offre ou d'une publicité ou la situation d'un acte nécessaire à la conclusion du contrat. A cette fin, le groupe propose d'utiliser en principe le critère de la résidence du consommateur, mais avec l'exception du consommateur – touriste par exemple – qui se rend à l'étranger. L'on voit que même si le sort du consommateur actif est bien une question d'actualité dans ces travaux, il semble que l'on ait tout intérêt à tendre vers une unification du statut de consommateur, au moins sur le plan communautaire. Et justement, la Commission a édité un livre vert en vue de faire de la Convention de Rome un instrument communautaire, tout en profitant de l'occasion pour y apporter certaines modifications ¹¹⁹⁶. Selon ce livre vert, il pourrait être procédé à la modernisation de l'article 5 ¹¹⁹⁷. L'une des idées émises est d'insérer une

¹¹⁹³ Voir MOURA RAMOS (R.M.), *Droit international privé vers la fin du vingtième siècle : avancement ou recul ? – Rapport national, Documentação e Direito Comparado*, 1998, n° 73/74, pp. 85 à 125, spécialement page 98.

¹¹⁹⁴ Voir GOURIO (A.), *Op. cit.*, page 140. A noter que l'A.F.E.I. souhaite que l'on instaure un standard minimum communautaire lorsque tous les éléments du contrat sont localisés dans la communauté. Voir COMITÉ JURIDIQUE DE L'A.F.E.I., Consultation de la Commission européenne relative à la révision de la Convention de Rome, A.F.E.I. 03-39, 15 septembre 2003, page 7.

¹¹⁹⁵ Voir FALLON (M.) et LAGARDE (P.), Groupe européen de droit international privé, Commentaire consolidé des propositions de modification des articles 3, 5, 6, 7 et 9 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et de l'article 15 du règlement 44/2001/CE (règlement Bruxelles I), <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-documents-11ccf.html>.

¹¹⁹⁷ *Ibidem*, point 3.2.7.

clause, aux termes de laquelle l'application d'un standard minimum communautaire est exigée lorsque certains éléments du contrat sont localisés dans la Communauté. Une autre est de prévoir, notamment concernant les consommateurs qui ne demeurent pas dans l'Etat de leur résidence habituelle pour consommer, un double critère : le fournisseur doit avoir dirigé ses activités vers l'Etat du domicile du consommateur, et qu'un contrat ait été effectivement conclu à distance. Il restera néanmoins à définir clairement ce qu'est l'activité dirigée.

711. Conclusion. Les troisméthodes que nous avons détaillées auraient, selon nous, vocation à s'appliquer, concernant les monopoles étudiés. Elles couvriraient chacune un secteur bien précis, un type déterminé de difficultés. Qui plus est, tout est fonction de ce qui est actuellement possible. Il a été souligné que l'harmonisation maximale était difficile à obtenir de la part des Etats. Nul doute, donc, qu'il faille s'orienter, pour l'instant, vers une démarche de simple coordination. Il demeure qu'à l'issue de ce développement, un certain nombre de questions n'ont pas été tranchées. Si la satisfaction des intérêts de l'Etat, à travers les sanctions pénales et la coordination des moyens administratifs, pourrait être assurée, nous n'avons encore quasiment rien proposé quant à la satisfaction des intérêts des professionnels et des usagers, même si nous avons proposé une unification des statuts respectifs de professionnels et d'usagers, surtout profanes. Nous proposons maintenant d'envisager, en vue de combler cette lacune, l'hypothèse de la sécrétion de règles juridiques émanant des milieux professionnels concernés.

Chapitre 2. Elimination des difficultés par la sécrétion de règles juridiques émanant des milieux professionnels impliqués

712. Une vision paradoxale. Nous avons émis le souhait d'une meilleure cohérence d'ensemble entre les diverses législations applicables, et nous avons proposé un certain nombre de mesures. Est-ce à dire que compte tenu des intérêts en jeu, les professionnels et les consommateurs, intéressés au premier chef, doivent être exclus du processus d'élaboration des normes que nous proposons ? Nous ne le pensons pas. L'idée que nous souhaitons développer ici consisterait à confier aux acteurs – c'est-à-dire les prestataires d'une part, et les bénéficiaires d'autre part – le soin d'établir, par eux-mêmes, des critères propres à permettre aux dispositions de police de s'appliquer. Plus précisément, ne serait-il pas possible que ces protagonistes établissent une charte d'interprétation des critères ? L'on parviendrait ainsi à une forme de consensus, étant entendu qu'un tel travail pourrait – et devrait – servir de base à des travaux ultérieurs, législatifs ou conventionnels. Le propos peut sembler curieux au premier abord, tout simplement parce que l'on touche à l'un des domaines les plus sensibles de l'activité économique. Pour autant, cela ne veut pas dire qu'il soit impossible de laisser les milieux professionnels sécréter les règles pertinentes d'interprétation des critères. Cela pourrait conduire à vider un certain nombre de contentieux. Mais cela ne pourra se faire que si l'on

¹¹⁹⁶ Voir COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, du 14 janvier 2003, COM (2002) 654 final.

veut bien respecter le caractère sensible de ces activités : l'émergence d'une lex mercatoria appliquée au secteur bancaire devra s'inscrire dans certaines limites.

713. Observation terminologique. Nous souhaitons mettre en évidence une forme particulière de réglementation professionnelle, appliquée au secteur bancaire, à la manière de ce que Berthold GOLDMAN avait mis en exergue s'agissant du commerce international¹¹⁹⁸. En suivant les traces de ce visionnaire, qui avait déniché l'existence d'une lex mercatoria, et sans avoir la prétention de l'égaliser, nous voudrions montrer qu'il existe, relativement à l'activité bancaire, une lex argentaria¹¹⁹⁹. La démarche consistera à définir quel peut être le rôle de la lex argentaria dans les monopoles bancaires et financiers. Mais comme il s'agit d'un concept qui se veut novateur – sans pour autant être privé de racines, il conviendra, au préalable d'en définir les contours.

Section 1. Le rôle de la lex argentaria en général est doublement conditionné

714. Plan. Nous tenterons de montrer que la lex argentaria présente la plupart des qualités de la lex mercatoria. En effet, ces notions procèdent toutes deux du même postulat, qui est que des règles peuvent naître par la volonté de milieux professionnels. S'agissant des conflits de lois, certains auteurs ont constaté qu'ils obéissaient, en partie, aujourd'hui, à un phénomène de contractualisation¹²⁰⁰. Le rôle de la lex argentaria sera donc délimité – nous dirons même qu'il est conditionné – par les qualités propres de la lex mercatoria. Par ailleurs, il conviendra de se demander si une certaine force obligatoire ne pourrait pas être recherchée, compte tenu du fait que nous touchons à un secteur extrêmement réglementé. Ce second volet semble à première vue assez paradoxal, du fait de la nature de la lex mercatoria et de la notion de lex argentaria qui en est issue. Nous verrons pourtant que les deux idées ne sont pas incompatibles, et qu'il peut être intéressant, voire nécessaire, de les rapprocher.

¹¹⁹⁸ Voir l'article fondateur de GOLDMAN (B.), Frontières du droit et « *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964, pp. 177 à 192. Une analyse plus récente a été tentée, voir OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Bibliothèque de droit privé, t. 224, L.G.D.J., Paris, 1992.

¹¹⁹⁹ Les termes choisis pourraient laisser à penser que nous avons latinisé des termes français, comme cela semble être le cas des appellations modernes de *lex informatica*, *lex electronica*, *lex economica*, etc. Il n'en est strictement rien. Nous avons en effet puisé dans le latin cette appellation. *Argentaria* vient de *argentarius*, ii : le banquier, et est un adjectif. Sur les origines de ce terme, voir les explications fournies au Corpus de droit civil romain, supplément 2, page 53, v° « Banquiers ». Sur le terme de *lex economica*, et sur l'intérêt d'un raisonnement mondial et professionnel, mais appliqué au droit de la concurrence, voir ABDELGAWAD (W.), Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica*, *R.I.D.E.*, 2001-2, pp. 161 à 196.

¹²⁰⁰ Voir BERGÉ (J.S.), Droit de l'Internet : approches européennes et internationales – la mise en œuvre des droits sur l'Internet – comment résoudre les conflits transnationaux ? – Rapport sur le thème de la résolution des conflits de lois, Colloque Assemblée Nationale – Université de Paris I – ARPEJE, 19 et 20 novembre 2001, http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Berge_Js.pdf, pp. 7 et suivantes ; dans le même sens, voir LOQUIN (E.) et RAVILLON (L.), La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 91 à 132.

§ - 1 Conditionnement par les qualités intrinsèques de la *lex mercatoria*

715. Démarche. Pour comprendre comment le rôle de la *lex argentaria* peut être conditionné par le fait même qu'elle provient d'une construction similaire à celle de la *lex mercatoria*, il conviendra d'abord de s'arrêter sur une présentation de la notion. A partir du moment où une définition aura pu en être appréhendée, nous pourrons nous consacrer à rechercher les qualités intrinsèques de la *lex mercatoria*.

A) Présentation de la notion

716. Définition de la *lex mercatoria*. Les auteurs définissent aujourd'hui la *lex mercatoria* comme une « expression reprise de l'histoire du Droit du Moyen Age pour désigner le Droit élaboré par les milieux professionnels du commerce international ou spontanément suivi par ces milieux indépendamment de tout droit étatique et dont l'application échapperait, pour cette raison, à la méthode du conflit de lois »¹²⁰¹. A lire cette définition, l'on perçoit chez son auteur une certaine réserve à l'égard du concept, lequel a suscité, et suscite encore, des discussions¹²⁰². Pour mieux discuter du bien fondé de cette notion, et surtout de sa transposition à notre propos, il convient d'en rappeler l'approche fondatrice.

717. Approche fondatrice de la *lex mercatoria*. La première des analyses qui ait été faite sur cette question est l'œuvre de Berthold GOLDMAN¹²⁰³. Sa célèbre contribution, parue il y a quarante ans aux Archives de philosophie du Droit, est un article fondateur, au sens où l'entend M. le Professeur Pierre-Yves GAUTIER¹²⁰⁴. C'est-à-dire

¹²⁰¹ Voir CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, Quadrige, P.U.F., Paris, 2001, V^{is} « *lex mercatoria* ».

¹²⁰² Pour une analyse critique de la *lex mercatoria*, voir LAGARDE (P.), *Approche critique de la lex mercatoria*, in Droit des relations économiques internationales, Mélanges GOLDMAN, Paris, 1982, pp. 125 à 150 ; pour une analyse – stimulante – de droit international public, voir PELLET (A.), La *lex mercatoria*, « tiers ordre juridique » ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 53 à 74. Cet auteur conclut que la *lex mercatoria* est un ordre juridique non pas supérieur, mais concurrent aux droits étatiques. Voir également LOQUIN (E.), La réalité des usages du commerce international, *R.I.D.E.*, 1989-2, pp. 163 à 195 ; Les sources du droit mondialisé, *D. & P.*, n° 96, septembre 2001, pp. 70 à 77 ; Où en est la *lex mercatoria* ?, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 23 à 51 ; LOQUIN (E.) et RAVILLON (L.), La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 91 à 132 ; pour une approche historique, voir BART (J.), La *lex mercatoria* au moyen âge : mythe ou réalité ? in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 9 à 22.

¹²⁰³ Voir GOLDMAN (B.), *op. et loc. cit.*

qu'il exprime une pensée nouvelle, qui reflète la sensibilité de son auteur. Or, l'idée principale de son article était novatrice : selon lui, « un certain nombre de rapports internationaux d'échange, auxquels participe au moins une entité privée, [...] échappe à l'emprise d'un droit étatique, voire d'un droit uniforme intégré dans la législation d'Etats qui y ont adhéré »¹²⁰⁵. Il constatait aussitôt que ces relations sont « aménagées et gouvernées selon des normes d'origine professionnelles, ou des règles coutumières et des principes que des sentences arbitrales révèlent, à moins qu'elles ne les élaborent »¹²⁰⁶. GOLDMAN a montré que ces rapports internationaux étaient soumis à des règles particulières, lesquelles étaient constitutives de la *lex mercatoria*. Il a établi qu'il s'agissait de règles juridiques formelles. Certes, ces règles présentaient la particularité d'être issues d'autorités professionnelles, mais l'auteur le distinguait très bien des contrats d'adhésion conçus par une entreprise suffisamment puissante pour en généraliser l'usage¹²⁰⁷. Il est intéressant de relever la conclusion qu'il dresse à la fin de son étude, car elle est édifiante pour la suite de notre propos : « la *lex mercatoria* se situe donc bien, substantiellement, comme formellement dans le domaine du droit. Il reste encore à veiller à ce que les intérêts dont elle poursuit la satisfaction demeurent suffisamment équilibrés pour garantir la légitimité de ses prescriptions »¹²⁰⁸. C'est cette conclusion qui nous conduit à envisager la *lex argentaria* comme un concept particulier, puisqu'il vise, simultanément, à la satisfaction d'intérêts divergents, même s'ils ne sont pas toujours opposés.

718. Définition du concept de *lex argentaria*. A partir de la définition précédente, nous entendons procéder par analogie, pour étendre le raisonnement de Berthold GOLDMAN aux professions bancaires et financières, ainsi qu'aux rapports qu'elles nouent, sous le vocable de *lex argentaria*. Selon nous, il existe, concernant ces deux professions, un ensemble de normes particulières, juridiquement non contraignantes, et issues des milieux professionnels, qui réglementent un certain nombre de rapports internationaux. Toute la particularité tient en ce que les banquiers ont une activité spécifique, qui, bien souvent, sert les intérêts d'autres professionnels.

719. Les rapports entre la *lex argentaria* et la *lex mercatoria*. A l'heure où l'on parle de *lex informatica*, *lex electronica*, *lex economica*, l'on pourrait penser que ce que nous avons choisi d'appeler la *lex argentaria* n'est qu'un avatar supplémentaire de la *lex mercatoria*. Il est vrai que les deux notions ont un certain nombre de points communs, que nous aurons à cœur de présenter. Mais la *lex argentaria* se distingue pourtant, à certains égards, du concept nourricier de *lex mercatoria*.

¹²⁰⁴ Voir GAUTIER (P.Y.), *Les articles fondateurs (réflexions sur la doctrine)*, in « le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, études offertes à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, pp. 255 à 271.

¹²⁰⁵ Voir GOLDMAN (B.), *op. et loc. cit.*, spécialement page 177.

¹²⁰⁶ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

¹²⁰⁷ *Ibidem*, *Op. cit.*, page 190.

¹²⁰⁸ *Ibidem*, *Op. cit.*, page 192.

1) La *lex argentaria* est une déclinaison supplémentaire de la *lex mercatoria*

720. L'origine professionnelle. Comme le soulignait Berthold GOLDMAN, la *lex mercatoria* constitue une émanation de milieux professionnels. C'est-à-dire que l'on ne saurait être en présence de lois, émanant d'une autorité étatique. Au nombre de ces normes secrétées par les milieux professionnels, Berthold GOLDMAN rangeait d'abord les contrats types¹²⁰⁹. Ces contrats « émanent d'associations professionnelles, de groupements d'entreprises, voire d'entreprises isolées mais puissantes »¹²¹⁰. Il incluait également parmi ce type de normes les Règles et Usances Uniformes relatives au crédit documentaire, élaborées en 1933 sous l'égide de la Chambre de Commerce International¹²¹¹, et refondues depuis. A leur sujet, il constate que « d'origine purement professionnelle, ces règles n'en sont pas moins très généralement observées par les banquiers, et les tribunaux s'y réfèrent... »¹²¹². L'origine professionnelle, et non pas étatique, est l'un des traits caractéristiques des normes qui composent la *lex mercatoria*. Le secteur bancaire ou le secteur financier disposent d'organes chargés de réfléchir à la satisfaction de leurs intérêts, y compris sur le plan international. Ainsi en est-il de l'Association Européenne de Droit Bancaire et Financier, dont les travaux font autorité en la matière.

721. L'origine internationale. L'autre volet, nécessaire à l'émergence de la *lex argentaria*, et qui se retrouve dans la *lex mercatoria*, est l'origine internationale des normes qui composent ces deux concepts. Berthold GOLDMAN avait pris un certain nombre d'exemples, dans sa contribution, et tous se réfèrent aux travaux d'organismes opérant à l'échelle internationale, à tout le moins multi-étatique. M. Filali OSMAN, dans sa thèse consacrée aux principes généraux de la *lex mercatoria*, remarquait que¹²¹³ la *lex mercatoria* « serait à la fois une renaissance et une réminiscence du droit marchand médiéval, directement issue des usages du commerce international. Ce faisant, elle constituerait une forme de corporatisme... ».

722. Exemples concrets. Le phénomène des contrats-types¹²¹⁴ est déjà en marche, s'agissant du secteur bancaire¹²¹⁵. On peut citer l'exemple du modèle de convention de crédit syndiqué adopté par la Loan Market Association (L.M.A.). Par ce système de

¹²⁰⁹ *Ibidem*, *Op. cit.*, page 179.

¹²¹⁰ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

¹²¹¹ *Ibidem*, *Op. cit.*, page 181 ; et voir STOUFFLET (J.), *Le crédit documentaire, étude juridique d'un instrument financier du commerce international*, thèse, Dijon, 1959.

¹²¹² Voir GOLDMAN (B.), *Op. cit.*, page 181.

¹²¹³ Voir OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Bibliothèque de droit privé, t. 224, L.G.D.J., Paris, 1992, page 9.

¹²¹⁴ LAMÈTHE (D.), L'uniformisation des pratiques contractuelles et la mondialisation, in *D'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit*, Mélanges Denis TALLON, Société de Législation Comparée, Paris, 1999, pp. 303 à 315

contrat-type, « les praticiens peuvent disposer de standards, de conventions au contenu identique quel que soit le droit applicable, sous réserve des seules adaptations rendues nécessaires par ce dernier », d'après M. le Professeur Thierry BONNEAU¹²¹⁶. Cette convention, dite « convention L.M.A. », a été adaptée, a minima, au droit français, en langue anglaise. Si d'aucuns se réjouissent de cette solution¹²¹⁷, d'autres, dont nous sommes, estiment que la traduction a posteriori entraîne certaines formulations, fondées sur des concepts directement issus du droit anglais¹²¹⁸.

2) Ses spécificités

723. Dualité d'opérateurs. La spécificité des secteurs bancaires et financiers tient, principalement, au fait qu'il s'agit d'un secteur hautement réglementé. La nature des protagonistes est particulière, rapportée à ce qui existe en matière de commerce international. Si les relations qui sont l'objet de la *lex mercatoria* ne rapprochent que des professionnels, ce n'est aucunement le cas du secteur bancaire. En effet, nous avons déjà lourdement insisté sur les relations nouées avec des particuliers, parties faibles. Cette faiblesse peut-elle être de nature à empêcher que des normes prises, de concert, par la profession et par les représentants des usagers, puissent régir les rapports entre ces protagonistes ? Nous ne le pensons pas. En effet, comment mieux assurer la défense d'un intérêt catégoriel qu'en permettant à la catégorie de se défendre elle-même ? Certes, il sera nécessaire d'éviter les dérives. Mais il semble que donner la parole, et la plume, à la catégorie protégée, et la faire débattre avec les professionnels peut conduire à des situations de « gagnant - gagnant ». En effet, des règles admises par tous les protagonistes, sur un fondement contractuel, seront susceptibles d'avoir tranché les problèmes pratiques rencontrés, et il faut bien admettre que le législateur n'est parfois pas très bien au fait des difficultés qui se présentent dans des domaines techniques. Qui plus est, la *lex argentaria* peut avoir un rôle d'inspirateur à l'égard du législateur.

724. Rôle d'inspirateur. L'idée est que les normes ainsi dégagées pourraient servir de modèle aux législateurs futurs, dont nous avons vu qu'ils éprouvent quelques réticences à appréhender les conséquences internationales des textes qu'ils adoptent. Nous admettons en effet, avec Joseph JOUBERT, que « les meilleures lois naissent des usages »¹²¹⁹. Dès lors, à la manière des lois types de la C.N.U.D.C.I.¹²²⁰ ou des principes d'UNIDROIT, il pourrait être envisagé que sur la base de négociations entre les représentants, à l'échelle internationale, des professions bancaires et financières d'une part, et les représentants d'usagers d'autre part, des principes de localisation des activités

¹²¹⁵ Voir BONNEAU (Th.), De l'adaptation des contrats bancaires et financiers types étrangers au droit français, *R.D.B.F.*, 2001, n° 1, pp. 3 à 4.

¹²¹⁶ *Ibidem*, *Op. cit.*, page 3.

¹²¹⁷ Voir SCHMIDT (D.), Vers l'émergence d'un droit mondial ? *P.A.*, 13 juillet 2000, n° 139, pp. 10 et s, spécialement page 11.

¹²¹⁸ Voir BONNEAU (Th.), De l'adaptation... précité, page 4.

¹²¹⁹ JOUBERT (J.), *Pensées*.

soient établis. Une fois ces principes établis, les Etats pourraient s'en inspirer, pour en incorporer le contenu en droit interne¹²²¹.

725. L'importance du consensualisme. D'autres matières ont déjà adopté ce mode d'élaboration de certaines normes, surtout lorsqu'elles ont pour but d'assurer la protection d'une partie faible, tout en préservant les intérêts d'une profession. Ainsi en est-il du droit social. En effet, est-il besoin de rappeler l'importance qu'ont prises les conventions collectives ? Pourtant, à notre connaissance, les négociations sont menées par des entités qui ont des intérêts distincts, même s'ils ne sont pas, et loin s'en faut, toujours opposés, et même si l'on ne fait pas toujours prévaloir l'intérêt de la partie considérée comme faible. MONTESQUIEU disait que « les lois se maintiennent en crédit non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois ». Par la voie d'une solution consensuelle, entre les différents protagonistes, ne pourrait-on pas faire en sorte qu'elle soit plus juste ? L'idée peut sembler saugrenue. Cependant, le dispositif pourrait fonctionner, si l'on veut bien s'arrêter sur les qualités intrinsèques qu'il présente.

B) Les qualités intrinsèques de la lex argentaria.

726. Présentation. Trois qualités essentielles sont prêtées à la lex mercatoria. On lui prête des avantages de souplesse, d'adéquation aux besoins du groupe professionnel dont elle est issue, et d'acceptation par ledit groupe. Ces qualités se retrouveront dans la lex argentaria, puisque nous avons établi le lien presque filial qui existe entre les deux notions. Mais la lex argentaria présente une spécificité quant à l'hétérogénéité du groupe dont elle est issue, ce qui aboutit à l'affirmation d'une quatrième qualité qu'elle doit présenter pour être pleinement efficace.

727. Les qualités communes. La lex argentaria, comme la lex mercatoria, a des qualités de souplesse, et d'adéquation aux besoins exprimés par le groupe dont elle émane. Dès lors, l'acceptation par ledit groupe de se soumettre à ses dispositions paraît un gage d'efficacité de ce type de normes. Ces trois qualités essentielles peuvent d'autant mieux être satisfaites que la lex argentaria, comme son aînée, a vocation à s'enrichir par la pratique contractuelle et par l'intégration de concepts de droit comparé¹²²².

728. Une qualité essentielle : la capacité à satisfaire des intérêts divergents.

¹²²⁰ Voir pour un exemple la loi type de la C.N.U.D.C.I. sur les virements internationaux, et le remarquable cours, très fouillé, donné à propos de ce texte : voir VASSEUR (M.), Les transferts internationaux de fonds, la loi type des Nations Unies sur les virements internationaux, les cartes de débit, *R.C.A.D.I.*, 1993, II, Vol. 239, pp. 117 à 406.

¹²²¹ Le phénomène a d'ailleurs fait l'objet d'un remarquable colloque. Voir MOLFESSIS (N.), (Sous la direction de), Les pratiques juridiques, source du droit des affaires, Rencontre Petites Affiches, *P.A.*, n° 237, 27 novembre 2003. Sur le plan bancaire, on s'intéressera particulièrement à la contribution de M. Jean-Louis GUILLOT, pp. 14 à 21. S'agissant du droit financier, l'on consultera avec profit la contribution de Mme le Professeur France DRUMMOND et de Maître Yves SCHMIDT, pp. 22 à 27.

¹²²² Voir en ce sens LOQUIN (E.), Où en est la *lex mercatoria* ?, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 23 à 51.

Nous avons vu que le caractère composite du milieu professionnel dont seraient issues les normes composant la *lex argentaria* pourrait être la spécificité de ce concept par rapport à la *lex mercatoria*. Or, pour qu'une solution consensuelle soit susceptible d'aboutir entre des intérêts que l'on pourrait qualifier d'antinomiques, il faut réaliser une instance dans laquelle des négociations entre les diverses composantes de ce milieu pourront aboutir. Il est vrai qu'à défaut de rapprocher ces intérêts, l'on peut comprendre les propos de Mme le Professeur Andréa GIARDINA : « les mécanismes spontanés de formation des principes et des règles de la *Lex mercatoria* favorisent l'affirmation et la consolidation de solutions qui protègent davantage les membres les plus puissants et les plus actifs de ce qu'on appelle la *Societas mercatorum*. Dans le contexte du commerce international dont les acteurs diffèrent sensiblement les uns des autres quant à leur force et leur capacité de choix, il est important de procéder à un examen critique et attentif des principes et des règles de la *lex mercatoria*... »¹²²³. En définitive, l'application des règles de la *soft law* dépend, en partie, de l'homogénéité du milieu professionnel dont elles sont issues.

729. Les intérêts peuvent être rapprochés. Est-ce à dire que toute solution consensuelle soit condamnée par avance, puisque la relation entre les consommateurs, et plus précisément les épargnants, les usagers profanes, avec leur banquier est souvent qualifiée de déséquilibrée ? Nous ne le pensons pas, et ce pour deux raisons. D'abord, l'adoption de solutions consensuelles, y compris entre des catégories que l'on pourrait juger hâtivement comme antinomiques, prévient les contentieux dans la mesure où les points qui posent problème auront pu être débattus¹²²⁴. Ceci pourrait avoir pour conséquence directe de doper l'activité bancaire ou financière, parce que mieux comprise, et mieux protégée. Ensuite, il nous semble que la solution consensuelle d'une instance de négociation permettrait l'existence d'un véritable dialogue, parce que les forces en présence pourront, de manière égale, s'exprimer et négocier au sein de cette instance¹²²⁵. Il est vrai que les lobbys du secteur bancaire, par exemple, ont une puissance de négociation remarquable. Cependant, la portée pratique des organisations de consommateurs – tout au moins sur le plan interne – n'est pas négligeable. Il en va de même concernant la représentation nationale des usagers des banques. Reste à voir ce qu'il en est sur le plan international.

730. Une qualité subordonnée. Pour que les intérêts divergents puissent se faire

¹²²³ Voir GIARDINA (A.), *La lex mercatoria et la sécurité du commerce et des investissements internationaux*, in *Nouveaux itinéraires en Droit, hommage à François RIGAUX*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 223 à 234, spécialement page 234.

¹²²⁴ Une illustration de ce propos est expliquée de manière singulière par certains auteurs, qui insistent sur l'importance de la « coordination par comportement uniforme » ou « par comportement asymétrique » dans l'émergence du droit spontané. Voir MACKAAY (E.), *L'ordre spontané comme fondement du droit, un survol des modèles de l'émergence des règles dans la société civile*, *R.I.D.E.*, 1989-3, pp. 247 à 287

¹²²⁵ Cela ne semble pas encore perceptible. Certaines doctrines sont à cet égard très significatives. Voir PAISANT (G.), *Un aperçu de la protection des consommateurs dans l'Union européenne à l'orée du 21^{ème} siècle*, in *Mélanges en l'honneur de Bernard DUTOIT*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Librairie Droz, Genève, 2002, pp. 181 à 196, spécialement pp. 183 à 184.

entendre de manière égale, encore faut-il qu'il existe une réelle représentation internationale des usagers. Sur le plan interne, on connaît l'A.F.U.B., c'est-à-dire l'Association Française des Usagers de la Banque, Que Choisir, etc. Cependant, il ne semble pas qu'actuellement, il existe de structure, même sur le plan national, dont le rôle exclusif serait de conclure des accords avec les membres de la profession bancaire. Il s'agit, bien souvent, d'organismes de protection qui s'opposent à certaines pratiques du secteur bancaire ou financier, avec plus ou moins de véhémence. Il nous semble qu'il y ait là une lacune.

§ - 2 Conditionnement par la force obligatoire

731. Plan. Le rôle de la *lex argentaria* est également limité par la force obligatoire particulière qui est la sienne. Ce type de normes appartient à la *soft law*. C'est-à-dire au droit « mou »¹²²⁶, au « droit vert »¹²²⁷, au droit « assourdi »¹²²⁸ encore dénommé « infra-droit »¹²²⁹. Les appellations imaginées ne manquent pas pour décrire l'absence de caractère contraignant – au sens juridique – des normes qui composent la *lex argentaria*.

A) Mesure du conditionnement

732. Un conditionnement à double détente. Comme l'affirmait Maurice BARRÈS : « où manque la force, le droit disparaît ; où apparaît la force, le droit commence à rayonner ». En principe, la *lex mercatoria* n'est pas dotée d'une force coercitive. Mais nous montrerons que certains tempéraments doivent être apportés à ce postulat. Certains auteurs ont en effet mené des réflexions, tendant à l'affirmation d'un pouvoir contraignant, voire d'un effet coercitif de type particulier.

1) Principe : absence de caractère coercitif au sens juridique

733. Rappels. Berthold GOLDMAN s'était posé la question de l'existence de sanctions, et la manière dont il y répondit a conditionné la définition qu'a donnée M. le Doyen CORNU de la *lex mercatoria*. GOLDMAN se posait la question en ces termes : « s'agit-il de règles édictées par une autorité, et comportant une sanction ? »¹²³⁰. Il remarquait que des

¹²²⁶ Voir FONTAINE (M.), Du droit mou... impératif ?, in *Etudes offertes à Barthélémy MERCADAL*, éd. Francis LEFEBVRE, Levallois-Perret, 2002, pp. 160 à 167.

¹²²⁷ Voir FARJAT (G.), Réflexions sur les codes de conduite privés, in *Droit des relations économiques internationales, Mélanges GOLDMAN*, Litec, Paris, 1982, pp. 47 à 66, spécialement page 48. Voir également SALGUEIRO (A.), Modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur, Thèse Clermont Ferrand, 2004, à paraître, spécialement les numéros 763 et suivants.

¹²²⁸ Voir ABI-SAAB (G.), Éloge du « droit assourdi », quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain, in *Nouveaux itinéraires en Droit, hommage à François RIGAUX*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 59 à 68 ; ou encore RIGAUX (F.), Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1989, I, Vol. 213, pp. 9 à 408, note 1, pp. 362, 375.

¹²²⁹ Voir VARII AUCTORES, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 1993.

sanctions de fait – consignation préalable de certaines sommes, refus de commercer avec une entreprise qui ne respecte pas ses engagements, sanction disciplinaire appliquée par les groupements corporatifs, par exemple – existent¹²³¹, et permettent d'assurer la bonne exécution des règles de soft law. L'auteur admettait cependant l'absence de sanctions juridiques, du fait que le recours à la force publique n'est pas envisageable¹²³².

2) Tempérament : l'admission du caractère impératif ?

734. Le paradoxe. M. le Professeur Marcel FONTAINE a récemment alimenté le débat sur la possibilité que certaines dispositions de la soft law soient, à certains égards, impératives¹²³³. Partant de l'exemple de l'article 1.5 des principes d'UNIDROIT, cet auteur expose que ces textes ne peuvent pas prévaloir sur les règles impératives de droit interne. L'appréhension de ces dispositions impératives est laissée aux règles de droit international privé¹²³⁴. Mais cet auteur va plus loin. En effet, il précise que les principes d'UNIDROIT semblent contenir des dispositions impératives¹²³⁵, puisque l'article 1.5 prévoit, notamment, que « les parties peuvent exclure l'application de ces principes ou en modifier les effets, à moins que ces principes n'en disposent autrement ». La dernière précision que contient cet article nous conduit à constater que les principes UNIDROIT se veulent, sur certains points au moins, insusceptibles de dérogations, et par conséquent, perdent tout caractère supplétif.

735. L'intérêt d'admettre le caractère impératif pour certaines dispositions de la soft law. Les principes UNIDROIT prévoient ce caractère impératif quant à l'exigence de bonne foi dans les conventions. Par ailleurs, les vices de dol et de contraintes, ainsi que les déséquilibres manifestes sont également combattus au moyen de dispositions impératives au sein de ces principes¹²³⁶. Il nous semble que ce caractère ne remet pas fondamentalement en cause le caractère consensuel et issu de milieux professionnels

¹²³⁰ Voir GOLDMAN (B.), *Op. cit.*, page 187.

¹²³¹ *Ibidem*, page 191. Voir dans le même sens FOUCHARD (Ph.), *L'arbitrage commercial international*, Thèse, Dijon, 1963, n° 649 et s.

¹²³² Voir GOLDMAN (B.), *op. et loc. cit.*. Voir également, pour une étude du caractère impératif de la *soft law*, DEUMIER (P.), *Le droit spontané*, Thèse, Economica, coll. Recherches Juridiques, Paris, 2002, spécialement n° 243 à 279, pp. 224 à 263.

¹²³³ Voir FONTAINE (M.), *Op. cit.*. Mme le Professeur DEUMIER n'admet pas ce caractère impératif quant aux règles de droit spontané qu'elle étudie. Voir DEUMIER (P.), *op. cit.*, spécialement n° 244. Elle préfère parler de caractère obligatoire, qui peut être écarté par la volonté des parties, mais qui subsiste à défaut de l'établissement d'une telle volonté. Son analyse est éclairante. Nous objecterons cependant que dans son raisonnement, l'auteur n'a pas évoqué, sur ce terrain précis, les principes UNIDROIT analysés ici par M. FONTAINE.

¹²³⁴ *Ibidem*, page 161.

¹²³⁵ *Ibidem*, page 162.

¹²³⁶ *Ibidem*, *op. et loc. cit.*.

des principes UNIDROIT. Si ce caractère impératif est accepté par ces milieux sur certaines questions, et si cela implique une forme de caractère coercitif des principes, l'origine de ces normes n'en est absolument pas affectée car aucun Etat n'est intervenu pour contraindre les organismes professionnels ayant sécrété ces normes à y intégrer des dispositions impératives. C'est dire que la force obligatoire des normes change, mais pas leur nature.

736. Portée pratique du caractère impératif de la soft law. Ainsi que le relève M. le Professeur Marcel FONTAINE, la méconnaissance des principes UNIDROIT pourrait ne pas avoir de conséquences ¹²³⁷, sous-entendu juridique, semble-t-il. Mais il remarque également que ce caractère impératif n'est absolument pas dépourvu de portée pratique ¹²³⁸. En effet, il remarque la logique des Principes imposait cette solution, dans la mesure où les rédacteurs ont eu la volonté d'insuffler une forme de morale contractuelle dans les principes ¹²³⁹. Ensuite, les parties à un contrat international négocieront – même si aucune autorité ne pourra le leur imposer – dans le cadre des principes, et relèveront la présence des dispositions impératives. Il s'agit, en quelque sorte, d'une impérativité « à vertu pédagogique ». L'élément crucial, qui peut conduire à ce que ces normes soient respectées est qu'elles doivent être faciles à comprendre et simples d'utilisation. Enfin, et c'est M.le Professeur Denis MAZEAUD qui insiste sur ce point, les principes UNIDROIT ont investi le juge d'un rôle de salvateur et d'un rôle de concepteur ¹²⁴⁰ du contrat. Il n'est donc pas sans pouvoir.

737. Portée pratique sur la lex argentaria . Si les professionnels doivent adopter des principes gouvernant la localisation des opérations, par exemple, avec les organisations de consommateurs ou plus précisément des structures représentatives des usagers de banque, l'exigence de bonne foi doit guider leur élaboration, notamment pour éviter toute prolifération de déséquilibre entre les parties aux contrats à nouer.

738. Conclusion. Il ne faut pas s'y tromper. D'abord, une nuance doit être faite entre le caractère coercitif de facto et de jure. Si le premier est bien compris dans le cas de dispositions de la soft law, on peut dire qu'il assure, à lui seul, l'application effective de ce type de textes. Par ailleurs, le lecteur aura perçu une différence terminologique de taille, et qui doit être faite, entre le texte coercitif et le texte impératif. Si le premier peut contraindre une partie à s'exécuter, le second n'est pas comminatoire : il fixe une interdiction de déroger. C'est pour cela qu'admettre le caractère impératif d'un texte ne contredit absolument pas l'absence de caractère coercitif : il s'agit seulement d'un tempérament. Les domaines couverts par la lex argentaria seront déterminés en fonction de la nécessité de privilégier le caractère impératif ou le caractère coercitif d'un texte.

¹²³⁷ *Ibidem*, page 163, spécialement la référence au commentaire de ces principes.

¹²³⁸ *Ibidem*, page 164.

¹²³⁹ *Ibidem*, page 164.

¹²⁴⁰ Voir MAZEAUD (D.), A propos d'un droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'UNIDROIT et de la commission LANDO, in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, Paris 1999, pp. 205 à 218, spécialement pp. 215 à 218, et les références.

B) Conséquence du conditionnement sur les domaines couverts par la *lex argentaria*

739. Plan. La *lex argentaria* ne saurait être une panacée ¹²⁴¹, et elle n'a pas la prétention de l'être. Compte tenu de ce qui précède, les domaines couverts par la *lex argentaria* seront nécessairement limités. D'abord, elle ne saurait interférer ni en matière pénale, ni en matière administrative. Il s'agira donc d'un domaine exclu, ou impossible. Ensuite, sa portée diffèrera selon que les relations seront nouées avec des usagers profanes ou des professionnels.

1) Domaine impossible : l'interférence dans la localisation des infractions pénales et des manquements administratifs.

740. Les raisons de l'impossibilité. L'attachement du droit pénal et des sanctions administratives à des prérogatives de l'Etat est tel que laisser le soin à des opérateurs – les cibles des sanctions pénales ou administratives – apparaît purement et simplement inenvisageable. L'objectif des sanctions pénales est de préserver une conception de l'ordre social, telle qu'elle résulte de la volonté de l'Etat qui a la charge de le préserver. L'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege* interdit toute entorse. Qui plus est, il apparaîtrait pour le moins incongru de confier quoi que ce soit concernant le droit de punir à des opérateurs privés. Enfin, une sanction pénale n'a de sens que si elle est comprise au sein d'un texte qui est, simultanément, impératif et coercitif. Or, nous avons établi que les dispositions de la *soft law* ne respectaient, sporadiquement, que la première condition. C'est pour toutes ces raisons que nous avons préféré, précédemment, résoudre les difficultés suscitées par l'aspect pénal des textes que nous analysons en ayant recours à une convention internationale. Concernant le volet administratif, la logique de la coordination des pouvoirs des autorités compétentes doit également être soulevée, mais par voie étatique, et certainement pas par les milieux professionnels eux-mêmes.

2) Domaine réglementé : les relations nouées avec les usagers profanes

741. Les principes seront nécessairement encadrés. A notre sens, si un accord doit intervenir, à négocier et conclure entre les représentants des secteurs bancaires et financiers et les usagers, il ne pourra pas être moins favorable aux consommateurs – aux épargnants, déposants, etc. – que ne le serait la législation interne désignée à titre de disposition de police. Cela suppose que les principes dégagés fixent, in limine, un certain nombre de définitions.

742. Fixation liminaire de la notion de consommateur – application aux services bancaires et financiers. Ainsi, la notion de consommateur devra être arrêtée. Mais il s'agit là d'une notion générale ¹²⁴², que d'aucuns pourraient estimer comme inadaptée

¹²⁴¹ Voir, pour une illustration de ce propos, FARJAT (G.), Les pouvoirs privés économiques, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp., pp. 613 à 661, et spécialement les pages 655 à 658. L'auteur y dénonce avec force certaines limites.

aux secteurs d'activités considérés. Une idée pourrait être de centrer l'analyse sur la notion d'utilisateur profane, par opposition à celle d'utilisateur averti. Par exemple, si un emprunteur décide de recourir aux services d'un professionnel du crédit implanté à l'étranger, et que les opérateurs conviennent de nouer leur relation contractuelle sur la base d'un contrat-type, il conviendra d'écarter tout litige en proposant une définition unique de l'utilisateur profane. En effet, les dispositions des législations et les interprétations des jurisprudences internes peuvent contenir des différences importantes.

743. Fixation liminaire de la notion de protection de l'utilisateur profane. Mais surtout, il conviendrait de bien définir ce que signifie la protection de l'utilisateur profane, et comment une disposition peut être moins favorable que la loi interne. La difficulté peut consister en ce que toutes les lois internes ne protègent pas le consommateur de manière identique. Cependant, la méthode des principes peut permettre de résoudre ce problème. En effet, il est possible aux parties qui vont les négocier d'y inclure toute précision sur les difficultés qu'elles rencontrent, et qu'elles désirent aplanir.

744. Caractère impératif. Il semblerait opportun, afin d'éviter tout dérapage, d'incorporer dans ces principes une mention consistant à rendre impératives ces deux précisions. De la sorte, seraient évitées les tentatives de se soustraire aux aspects « gênants » des principes à adopter.

3) Domaine libre : les opérations entre professionnels et utilisateurs avertis.

745. Justifications de la liberté. Les intérêts en présence ne seront plus forcément défendus par des moyens déséquilibrés. Une structure qui a pour profession habituelle la réalisation d'opérations de banques et qui recourt, dans le cadre de son refinancement, à d'autres établissements de crédit, sera plus au fait des activités en cause. De la même manière, tous les utilisateurs des banques et tous les bénéficiaires qui recourent aux services des entreprises d'investissement, par exemple, ne sont pas profanes. Partant de ce postulat, un utilisateur averti – cela suppose, avons-nous dit, une définition de ce que cela représente – n'aura pas les mêmes besoins de protection. Une parfaite liberté peut donc jouer, dans l'élaboration des principes.

746. Conclusion sur la notion de *lex argentaria*. A notre sens, à ce jour, tout reste à faire pour que ce type de norme puisse donner sa pleine mesure. D'abord, il faut que les Etats admettent le procédé, dans un domaine hautement réglementé. Ensuite, il faut qu'un partenaire solide puisse émerger, et représenter les utilisateurs profanes à l'échelle internationale.

Section 2. Le rôle de la *lex argentaria* en matière de monopoles bancaires et financiers

747. Plan. L'approche que nous avons faite de la *lex argentaria* n'est pas une fin en soi. Il faut mesurer l'apport qu'elle peut produire aux questions de délimitation de la portée

¹²⁴² Une définition existe déjà en droit communautaire, et a été remarquablement étudiée, jurisprudence à l'appui. Voir en ce sens BERNARDEAU (L.), *Droit international privé et services financiers de détail* – 1^{ère} partie : les conflits de juridictions, *Euredia*, 2001-2002/2, pp. 313 à 364, spécialement n° 20 et suivants.

spatiale du monopole des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement, et plus largement de la portée géographique de la régularité de l'exercice des professions bancaires et financières. Pour ce faire, il nous faut effectuer un relevé des manifestations avérées, plus ou moins complètes, de la *lex argentaria* dans ce domaine. Ensuite, nous pourrions proposer quelques évolutions.

§ - 1 Manifestations déjà observées

748. Plan. L'approche que nous proposons de mener pourra se faire en distinguant le plan national du plan communautaire et du plan international. Il est vrai que nous avons expliqué plus haut que la *lex argentaria*, comme son concept nourricier, la *lex mercatoria*, devait être issue d'instances internationales. Mais l'émergence de solutions consensuelles à chacune des sphères géographiques indiquées peut très bien servir de modèle aux instances internationales. Par exemple, le modèle de contrat de crédit par syndication, fruit des réflexions d'une association américaine, a été adapté par d'autres systèmes juridiques, et notamment en France¹²⁴³.

A) Manifestations survenues sur le plan national

749. Typologie. Les normes qui se rapprochent le plus de ce que nous recherchons sont les règles de conduite et les parères d'une part, et les avis des autorités de régulation d'autre part. Ces dernières réalisent, par leurs prises de position, un véritable travail doctrinal qui peut servir, éventuellement, de référence.

1) Règles de conduite et Parères

750. Règles de conduite – exemples. M. le Professeur André BRUYNEEL a fait état du Code de conduite de l'Association Belge des Banques, fort de sept principes¹²⁴⁴, qui définissent un état d'esprit. Cet auteur explique que ce code constitue une norme minimale pour toutes les banques, une attitude correcte, vérifiée par un organe professionnel, et invocable devant les juridictions. Par ailleurs, sur le plan français, et quant aux activités bancaires ou financières, il existe les règles de bonne conduite comprises dans le code monétaire et financier. Leur particularité est qu'elles émanent du législateur, parce qu'elles sont issues de la loi M.A.F., et notamment de ses articles 58 à 66. Mais dans ces textes, rien ne concerne les monopoles professionnels proprement dit : les domaines traités sont au nombre de quatre, et concernent d'autres questions¹²⁴⁵.

¹²⁴³ Il ne sera pas question d'étudier l'émergence de ce que certains auteurs ont appelé un ordre « économique » privé. Sur cette question, voir KRIMMER (I.), La carte de paiement en France, exemple d'un ordre économique privé, *R.I.D.E.*, 1994-2, pp. 217 à 264.

¹²⁴⁴ Voir BRUYNEEL (A.), Opérations de Banque et droit de la consommation (quelques réflexions en fin de siècle), in *Mélanges offerts à Pierre VAN OMME*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 343 à 375, spécialement pp. 355 à 356.

¹²⁴⁵ Voir BONNEAU (Th.) (sous la direction de), *La modernisation des activités financières*, GLN-Joly, Paris, 1996, spécialement la contribution de DOMPÉ (M.N.), Thème 17, les règles de bonne conduite, pp. 205 à 217, spécialement page 205.

751. Rôle des parères. Un parère est la certification d'un usage professionnel – en matière bancaire – constaté et attesté par le Président de l'Association Française des Banques. L'usage dont il atteste l'existence a la valeur et la portée d'une convention tacite. S'il peut écarter une règle de droit supplétive, il n'en va pas de même des prescriptions impératives de la loi¹²⁴⁶. Ces parères n'ont donc aucun rôle particulier, pour l'instant, concernant les monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement.

2) Avis et communiqués des autorités bancaires et financières

752. Emergence d'une doctrine du C.E.C.E.I. sur les critères d'appréciation à utiliser pour l'octroi de l'agrément et sur les critères de localisation. Depuis sa création, cette institution est chargée d'octroyer les agréments qui permettent aux établissements de crédit et par la suite aux prestataires de services d'investissement d'exercer leur activité. Dans son rapport pour 1999, il précise les critères sur lesquels il se base pour octroyer l'agrément¹²⁴⁷. A cet égard, il est intéressant de relever que le Comité considère que la coopération entre autorités bancaires nationales est devenue un élément fondamental de la surveillance des groupes bancaires internationaux¹²⁴⁸. Par ailleurs, dans le livre blanc de décembre 2000 consacré aux conséquences prudentielles d'Internet¹²⁴⁹, la Commission bancaire a rappelé quelques points forts de la position du C.E.C.E.I. dans la détermination des facteurs de localisation du lieu d'exercice des opérations, ou du lieu de sollicitation. Certains faisceaux d'indices ont été rappelés dans ces deux domaines¹²⁵⁰.

753. Exemples de contrats-types de commerce électronique. La Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, en collaboration avec l'Association Française pour le commerce et les Echanges Electroniques (A.F.C.E.E.) a présenté un modèle de contrat-type de commerce électronique. Cependant, de l'aveu même des rédacteurs, le champ d'application *ratione materiae* de ce modèle ne comprend pas les services financiers¹²⁵¹.

754. Avis d'associations internes sur la modernisation de la Convention de

¹²⁴⁶ Voir VARII AUCTORES, *Dictionnaire permanent de Droit des affaires*, V^{is} Banque – Opérations de Banque, n° 22 e.

¹²⁴⁷ Voir COMITÉ DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT ET DES ENTREPRISES D'INVESTISSEMENT (C.E.C.E.I.), Rapport annuel pour 1999, voir encore, de manière plus explicite, du même, Rapport annuel pour 2001, le Chapitre 5, disponible à l'adresse <http://www.banque-france.fr/fr/telechar/ceceic5.pdf>.

¹²⁴⁸ *Ibidem*. Certains auteurs l'avaient déjà énoncé antérieurement. Voir PERROT (A.), Agrément unique et contrôle des établissements de crédit dans l'espace communautaire, *R.D.B.B.*, 1995, pp. 164 à 170.

¹²⁴⁹ Voir COMMISSION BANCAIRE, Livre blanc, décembre 2000, Internet, quelles conséquences prudentielles ? <http://www.banque-france.fr/fr/telnomot/infobafi/lbinet.pdf>, spécialement pp. 35 à 48.

¹²⁵⁰ *Ibidem*, page 39 pour l'assimilation d'un site Web ou de son serveur à des succursales, page 42 pour l'exercice de l'activité, et page 47 pour les sollicitations. Sur la question des succursales, certaines réticences ont pu être exprimées. Voir PARLEANI (G.), Le risque de vigilance excessive des autorités de contrôle, *R.D.B.F.*, 2002, pp. 373 à 376, spécialement page 375.

Rome. La London Investment Banking Association (L.I.B.A.) représente les banques européennes et internationales qui basent leurs opérations européennes à Londres. Cette structure, tout comme la place de Paris ¹²⁵², l'A.F.E.I. ¹²⁵³ ou la Fédération bancaire française ¹²⁵⁴, a répondu ¹²⁵⁵ au questionnaire sur le livre vert émis par la Commission, en vue de moderniser la Convention de Rome. D'une manière générale, ces avis ne lient personne, bien entendu, mais leur intérêt est tout autre. Ils font prendre conscience au rédacteur du texte modernisé de la nature et de l'importance des problèmes soulevés ¹²⁵⁶.

B) Sur le plan communautaire

¹²⁵¹ CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS (C.C.I.P.) et ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LE COMMERCE ET LES ÉCHANGES ÉLECTRONIQUES (A.F.C.E.E.), *Contrat-type de commerce électronique commerçants-consommateurs*, J.C.P., éd. E., 1998, pp. 1579 à 1581.

¹²⁵² Voir CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS (C.C.I.P.), *La loi applicable au contrat : vers une communautarisation et une modernisation de la convention de Rome de 1980, réactions de la CCIP au livre vert de la Commission européenne*, 3 juillet 2003.

¹²⁵³ Voir COMITÉ JURIDIQUE DE L'A.F.E.I., *Consultation de la Commission européenne relative à la révision de la Convention de Rome*, A.F.E.I. 03-39, 15 septembre 2003. Cette structure souhaite améliorer la confiance des consommateurs, ce qui nous conforte dans notre approche "gagnant-gagnant". Elle souhaite également soumettre systématiquement les rapports de droit à la loi du consommateur, et se baserait sur le critère de l'activité dirigée. La précision est d'importance, au regard de nos développements sur les critères de localisation centrés sur l'activité.

¹²⁵⁴ Voir FEDERATION BANCAIRE FRANÇAISE, *Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sa modernisation*, 15 septembre 2003. Cet organisme ne souhaite pas que la loi « nationale » du consommateur – bien que le terme ne soit pas des plus heureux – soit systématiquement retenue. Le recours à l'activité dirigée pourrait être retenu, concernant les prestations en ligne. Par ailleurs, cet organisme préconise le recours à la terminologie de « lois de police » plutôt qu'à celle de dispositions impérative, et ce afin d'aligner les articles 5 et 7 de la Convention de Rome. Quitte, selon nous, à opérer une modification terminologique, autant aller jusqu'au bout et proposer celle de « disposition de police »... Qui plus est, précisons que la notion de législation impérative est utilisée depuis longtemps dans le cadre particulier des procédures d'accession au G.A.T.T. Voir à ce sujet RUIZ FABRI (H.) et MONNIER (P.), *Chronique « Organisation Mondiale du Commerce »*, *Clunet*, 2003, pp. 905 à 910.

¹²⁵⁵ Voir LONDON INVESTMENT BANKING ASSOCIATION (L.I.B.A.), *L.I.B.A. response to european Commission's Green Paper on the conversion of the law applicable to contractual obligations into a Community instrument, and its modernisation*, <http://www.liba.org.uk>.

¹²⁵⁶ L'on pourra consulter, dans le même ordre d'idées, les avis d'autres associations ou autorités nationales. Voir COMMISSION DES OPÉRATIONS DE BOURSE (C.O.B.), *Mise en œuvre de la directive sur les services d'investissement*, *Bull. C.O.B.*, n° 282, juillet/août 1994, pp. 17 à 26 ; PARLÉANI (G.), *Recommandation de la Commission « crédit au logement »*, in « *Chronique de droit bancaire européen et international* », *R.D.B.F.*, 2001, pp. 114 à 115 ; COMITÉ JURIDIQUE DE L'A.F.E.I., *Services d'investissement et passeport européen – conditions de la libre prestation de services*, *Rapport d'un groupe de travail constitué par le Comité juridique de l'A.F.E.I.*, Paris, juin 1998, <http://www.afei.com/fr/fr-docs/affjur98-08.pdf>.

755. Plan. A l'échelle européenne, la création de soft law s'est également produite. Nous distinguerons les règles et codes de conduite des avis des autorités européennes.

1) Règles et codes de conduite

756. Le Code de conduite volontaire concernant les prêts au logement. C'est, à notre sens, la forme la plus aboutie, tout au moins quant à son processus d'élaboration. En effet, ce code est le fruit de négociations, menées depuis plusieurs années, entre les associations professionnelles bancaires et des organisations de consommateurs, sous l'égide de la Commission européenne¹²⁵⁷. Plus précisément, un accord européen sur un code de conduite volontaire relatif à l'information précontractuelle concernant les prêts au logement a été signé le 5 mars 2001, entre cinq associations européennes de consommateurs et les six associations européennes du secteur du crédit concerné. Ce code n'a pas pour vocation de remplacer les dispositions de police des Etats membres. Concrètement, chaque établissement de crédit qui le souhaite – s'il opère dans le secteur d'activité des prêts au logement, peut adhérer librement à ce code, même s'il ne fait pas partie de l'une des organisations professionnelles qui a signé. D'abord, l'existence de ce texte prouve bien que l'idée que nous émettions est d'actualité. Il prouve également que la concertation est possible entre des partenaires que l'on pourrait croire souvent opposés, et que ce rapprochement a pu se faire à l'échelle européenne. Il en va également de même concernant les avis émis par les autorités ou les associations.

2) Avis des associations et autorités européennes

757. Présentation des trois rôles. A l'analyse, il apparaît que les associations et autorités, à l'échelle européenne émettent un certain nombre d'avis. Pour tous, leur portée sera explicative. Mais il est également intéressant d'évoquer les circonstances dans lesquelles ces associations et autorités prennent position. Elles le font parfois dans le cadre d'un processus concerté de dialogue – et non pas de négociation, parfois par volonté d'alerter les instances communautaires.

758. Rôle explicatif et de prospection. Le plus souvent, les prises de positions des institutions communautaires, à savoir les communications, ont un rôle explicatif de décisions prises précédemment. En matière d'accès aux activités bancaires et financières, les notions de marché de gros et de marché de détail, les notions de « personnes averties », d'investisseurs qualifiés ont pu être expliquées. De même en est-il de la connexion à opérer entre commerce électronique et services financiers¹²⁵⁸. Par ailleurs, la C.J.C.E. édite un guide d'interprétation de sa jurisprudence¹²⁵⁹. Ainsi, les modalités d'interprétation peuvent être lissées, étant précisé que ces guides ne sont qu'indicatifs. Par ailleurs, des réflexions ont été menées pour parvenir à rendre la méthode d'adoption des textes européens plus rapide concernant les valeurs mobilières.

¹²⁵⁷ Voir GOURIO (A.), Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe, *R.D.B.F.*, 2003, dossier, pp. 128 à 147, spécialement pp. 135 à 136.

¹²⁵⁹ Voir le guide d'interprétation jurisprudentielle déjà cité *supra*, note 1149 de la présente étude, à l'adresse http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/services/services/art49_fr.pdf.

Il s'agit de l'approche Lamfalussy, centrée autour de la répartition des textes à édicter en quatre niveaux, chaque niveau relevant d'une compétence¹²⁶⁰. Le processus, qui a été critiqué¹²⁶¹, est en marche puisque cette approche a été avalisée par le Conseil européen de Stockholm de mars 2001.

759. Le dialogue instauré par la Commission Européenne sur la révision de la convention de Rome – position des organisations communautaires. A titre liminaire, il faut distinguer le terme dialogue de celui de négociation. En effet, le dialogue aboutira à des prises de positions successives des interlocuteurs. Mais le rapprochement de ces positions n'est pas nécessaire : seul le protagoniste réellement décideur – en l'occurrence la Commission¹²⁶² – conserve la possibilité de tenir compte, ou non, des observations formulées par l'organisation sollicitée dans le cadre du processus de dialogue. En revanche, le processus de négociation suppose la rencontre des volontés et le rapprochement des positions des différents protagonistes. La Révision de la Convention de Rome fournit un bon exemple d'un processus de dialogue, puisque le livre vert émis par la commission à cette fin a reçu réponse de la part du B.E.U.C.¹²⁶³ pour les consommateurs, de la F.B.E. concernant la profession bancaire¹²⁶⁴ à l'échelle

¹²⁵⁸ Voir COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Communication relative au commerce électronique et aux services financiers, *Doc. COM CE n° 66 final*, 7 février 2001 ; COSTES (L.), Une meilleure articulation européenne entre commerce électronique et services financiers souhaitée par la Commission, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Bulletin d'actualité n° 135, avril 2001, pp. 1 à 5 ; COSTES (L.) et RIBEYRE (M.A.), Une meilleure articulation européenne entre commerce électronique et services financiers, *Lamy droit du financement*, Bulletin d'actualité n° 118, avril 2001, pp. 1 à 6 ; GARDELLA (G.) et HAYE (C.), Commerce électronique, point d'étape sur le cadre communautaire du commerce électronique, in « Chronique de droit bancaire européen et international », *R.D.B.F.*, 2000, n° 4, pp. 250 à 253 ; Communication « commerce électronique et produits financiers », in « Chronique de droit bancaire européen et international », *R.D.B.F.*, 2001, pp. 111 à 114.

¹²⁶⁰ Voir SOUSI (B.), L'approche Lamfalussy : une méthode douce pour « détricoter » l'harmonisation financière européenne ? *D.*, 2002, pp. 3322 à 3323.

¹²⁶¹ *Ibidem*. Cet auteur craint un risque précis. L'une des catégories de textes – le niveau 3 – contribue à la mise en œuvre des textes de niveau 1 et 2, du ressort des institutions communautaires. Et cette catégorie est du ressort des autorités nationales, réunies au sein d'un comité européen. Les lignes directrices définies au niveau 3 n'auront aucun caractère contraignant, mais feront naturellement autorité. En tout cas est-ce ce qui est prévu. A partir de ce constat, Mme SOUSI redoute une absence de coordination effective, et que chaque Etat conforte ses pratiques nationales. Elle estime qu'une « certaine contrainte doit peser sur les autorités nationales pour les conduire à plus de coordination ».

¹²⁶² Sur ce rôle de régulation de la Commission, voir MAJONE (G.), *Law and society, The European Community as a Regulatory State*, C.C.A.E.L., 1996, Vol. V-1, pp. 321 à 419, spécialement pp. 355 et suivantes. La démarche est également adoptée par la Commission en matière de protection des consommateurs. Voir COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne, du 2 octobre 2001, COM (2001) 531 final.

¹²⁶³ Voir COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, du 14 janvier 2003, COM (2002) 654 final ; et B.E.U.C., Rapport annuel pour 2002, mai 2003, BEUC/140/2003, ou encore Rome I, B.E.U.C. Position paper concerning the Commission's Green Paper, 15 septembre 2003, BEUC/X/039/2003.

européenne, et du groupe européen de droit international privé ¹²⁶⁵. L'intérêt de ce type de processus est de permettre de confronter une multitude de points de vue, qui peuvent être contradictoires, sous l'égide d'une institution chargée d'élaborer un texte. L'intérêt de ce procédé peut être illustré par les diverses positions adoptées quant à l'article 7 de la Convention de Rome, consacrée aux lois de police. La Fédération bancaire européenne souhaite que la définition des dispositions de police soit intégrée en préambule du nouvel instrument, et que cette définition soit faite au regard du droit international. Le Groupe européen de DIP, quant à lui, souhaite simplement rajouter un alinéa qui vient rappeler la primauté du droit communautaire sur les dispositions de police. Enfin, le B.E.U.C., on ne s'en étonnera pas, met l'accent sur les dispositions de polices censées protéger les consommateurs, et ne souhaite plus que l'on puisse se référer à la distinction entre consommateur actif et consommateur passif.

760. Rôle d'alerte. A titre d'exemple, le Bureau Européen des Unions de Consommateurs, dans un avis exprimé le 25 septembre 1998, expliquait que la réalisation d'un marché comporte un volet offre, et un volet demande. Cet organisme regrettait que la législation européenne mette surtout l'accent sur l'offre. Ce faisant, il affirme que l'approche basée sur l'offre s'est soldée par un échec pour les consommateurs et les entreprises ¹²⁶⁶. Pour fonder ce constat, ce bureau s'appuie sur des statistiques concernant, notamment, des plaintes dans le secteur des services financiers transfrontaliers. 200 plaintes avaient en effet été déposées, après le démarchage d'intermédiaires allemands auprès de ménages français, leur proposant des produits financiers intéressants sur le cacao, le maïs, à la bourse de Chicago. Ces démarcheurs promettaient des gains alléchants aux investisseurs profanes, gains dont il n'est pas besoin de préciser qu'ils ne parvenaient jamais dans leur escarcelle. Le prestataire excipait d'un montant de commissions et frais élevés, qui auraient absorbé le gain. Dans d'autres cas, le prestataire prétendait que le gain n'était jamais réalisé. Et le B.E.U.C. de conclure à la nécessité d'interdire le démarchage transfrontalier, à l'opportunité d'une harmonisation maximale, et à celle d'adopter une approche centrée sur la demande. La directive sur la vente à distance des services financiers est intervenue pour réglementer cette activité. Il ne s'agit là que d'un exemple ¹²⁶⁷, qui montre que les organisations communautaires émettent des avis, et que ceux-ci peuvent déboucher sur des solutions concrètes.

C) Sur le plan international

761. Nature et origines du comité de Bâle. Créé en 1974 par le Conseil des Gouverneurs des banques centrales du G.10, il mène depuis cette date des travaux sur

¹²⁶⁴ Voir FEDERATION BANCAIRE EUROPEENNE (F.B.E.), F.B.E. Observations on the european Commission's Green Paper COM(2002) 654 final, 29 September 2003, P3070FEP, enclosure to Letter n° 0768.

¹²⁶⁵ Voir GROUPE EUROPEEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (G.E.D.I.P.), Réponse au livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, 19-21 septembre 2003.

¹²⁶⁶ Voir BUREAU EUROPEEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS (B.E.U.C.), Rapport du 26 septembre 1998, Révision de la législation du l'UE en matière de services financiers, BEUC/X/005/2000.

l'amélioration de la surveillance des groupes bancaires internationaux. A la suite de l'affaire de la B.C.C.I., il a publié un texte, définissant quatre normes minimales pour le contrôle de ces groupes. Certes, les positions qu'il adopte n'entraînent pas d'obligation juridique à l'égard des établissements concernés. Mais les autorités bancaires françaises, qui participent à leur élaboration, veillent à ce que les pratiques qu'elles suivent soient en accord avec les recommandations du Comité.

762. Influence des principes généraux sur les monopoles bancaires et financiers. La section VI des principes généraux concerne l'activité bancaire transfrontière. Les principes n° 23 et 24 précisent les obligations des autorités de contrôle du pays d'origine, et le principe n° 25 fixe les obligations des autorités de contrôle du pays d'accueil. Concrètement, ces normes prévoient notamment l'exercice par l'autorité du pays d'origine d'une surveillance sur base consolidée ainsi que l'accord préalable de cette autorité à tout projet d'implantation à l'étranger¹²⁶⁸. Comme l'indique M. Hervé ASCENSIO, les normes, techniques, issues du Comité de Bâle sont largement admises par les professionnels, à l'échelle internationale, et bénéficient du soutien actif des Etats. Cela étant, leur portée juridique est incertaine¹²⁶⁹. Mais elles constituent une « action progressiste, qui vise à aiguiller les Etats vers une transformation de leur propre législation mais aussi les banques elles-mêmes vers une déontologie de la profession bancaire »¹²⁷⁰. Le fait que ce Comité ne soit issu que du G.10 et regroupe les autorités de ces pays nous conduit cependant à dire que la *lex argentaria* reste réellement à construire à l'échelle internationale.

§ - 2 Evolutions souhaitables

763. Problématique. C'est l'absence de caractère réellement international qui peut préoccuper ici. Les prémisses de la *lex argentaria* commencent à voir le jour sur le plan communautaire, mais rien de réel n'est fait à l'échelle internationale. A notre sens, c'est vers une solution consensuelle qu'il faudrait tendre, entre les professionnels des secteurs d'activités considérés et les usagers, autant profanes qu'avertis. Pour cela, encore faudrait-il une réelle organisation internationale de la représentation de ces usagers. A défaut, l'on se trouvera forcément face à un lobby professionnel, qui pourra, parce qu'il est organisé, suggérer des rédactions de contrats internationaux, par exemple, tout en

¹²⁶⁷ Voir B.E.U.C., Communiqué de presse PR 012/2002 ; Discours de Jim MURRAY, Directeur du B.E.U.C., au nom du Groupe de Liaison Dialogue sur les services financiers, à l'occasion de la signature de l'accord européen relatif à un Code de Conduite Volontaire concernant les Informations préalables au contrat de Prêts Immobiliers, 5 mars 2001, BEUC/X/127/2000 ; Lettre adressée aux représentants des Etats membres avant le Conseil Consommateur, le 8 novembre 1999, BEUC/X/024/2000 ; Commentaires du B.E.U.C. à propos de la Communication de la Commission sur le Commerce électronique et les services financiers, 23 juillet 2001, BEUC/X/167/2000 ; ou encore Rapport annuel pour 2002, mai 2003, BEUC/140/2003.

¹²⁶⁸ Voir C.E.C.E.I., Rapport annuel pour 1999.

¹²⁶⁹ Voir ASCENSIO (H.), Les activités internationales des banques : liberté ou contrôle ?, *Clunet*, 1993, pp. 255 à 297, spécialement page 293.

¹²⁷⁰ *Ibidem*, pp. 293 et 294.

laissant aux Etats le soin de protéger les consommateurs ¹²⁷¹. Et tant que ces Etats n'ont pas une réflexion qui permettent d'établir, de manière unifiée, ce que doit être cette protection, le dialogue demeurera déséquilibré. Or, l'analyse des manifestations existantes de la *lex argentaria* conduit à un constat simple : il n'existe pas à ce jour d'organisation représentative des intérêts des usagers des banques ou des intermédiaires financiers, à l'échelle internationale. Et si elle existe sur le plan communautaire avec le B.E.U.C., nous avons vu qu'elle ne mène pas réellement une démarche de négociation ¹²⁷².

764. Conclusions. De tout ce qui précède, deux constats peuvent être dressés. D'une part, les modalités de coopération internationale, de rapprochement, qui peuvent exister entre les Etats concernent les activités, et non pas la profession elle-même. Certes, il y a bien les dispositions communautaires, qui dérogent à cette affirmation. Mais à partir du moment où aucune harmonisation maximale – sauf exception – n'a pu voir le jour, les réponses fournies à des comportements transfrontaliers ne sont que l'addition de réponses purement nationales, même si celles-ci sont coordonnées. D'autre part, le rapprochement vient, pour l'instant, des seuls Etats sur les questions de localisation des atteintes aux monopoles professionnels. Compte tenu du fait que les intérêts de l'Etat ne sont pas les seuls à être protégés, il semblerait opportun de faire réfléchir les professionnels et les usagers au sein d'une même institution. Cependant, si l'on souhaite tendre vers une solution harmonisée à un degré maximal, ou vers une solution unifiée, y aura-t-il encore de la place pour la localisation des comportements une fois que ce résultat aura été atteint ?

Chapitre 3. L'évolution de la nécessité de localiser

765. Problématique. La localisation des comportements, quelle que soit leur nature, repose sur le fractionnement du monde en Etats ¹²⁷³, dont la compétence pour agir est délimitée, territorialement ou en fonction de critères personnels. Pour ce qui nous concerne, nous avons déjà établi qu'il s'agit d'une délimitation territoriale. Cette compétence pour agir aboutit à l'adoption de textes, et ceux qui nous concernent sont d'application territoriale par principe, et par application du principe de souveraineté de l'Etat sur certains domaines. Mais cette application territoriale se prolonge hors des frontières d'un seul Etat, c'est ce que nous avons appelé l'extraterritorialité des monopoles bancaires et financiers, parce que les Etats ont dû aménager cette souveraineté. Or, il doit être admis que cet attachement entre la localisation et le territoire

¹²⁷¹ Voir en ce sens BOURGOIGNIE (Th.), DOMONT-NAERT (F.) et VAN HUFFEL (M.), *Litiges de consommation*, publication de l'Université Catholique de Louvain, 1997, disponible à l'adresse, consulté le 28 mars 2003, http://www.belspo.be/belspo/ostc/act_scienc/fedra/res/pc14_fr.htm, spécialement n° 5 à 12.

¹²⁷² Voir n° 759. Et voir B.E.U.C., Rapport annuel pour 2002, mai 2003, BEUC/140/2003. Ce texte ne fait absolument pas mention d'une quelconque mission de négociation, mais est centré sur un rôle « d'aiguillon ».

¹²⁷³ Voir JACQUET (J.M.), Rapport introductif, in « L'internationalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 26 octobre 2001 organisé par l'Université de Toulouse I », *Revue Lamy de Droit des affaires*, février 2002, supplément, pp. 5 à 10.

d'un Etat tend à se distendre, du fait de l'affirmation croissante du rôle des Espaces Economiques Intégrés sur la scène internationale. Leur place particulière, à l'intersection entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international, nous conduit à envisager deux axes de réflexion dans le présent développement.

766. Plan. D'abord, nous étudierons les facteurs permettant de remettre en cause la nécessité de localiser, puisque l'apparition d'un espace économique intégré au sein de l'ordonnement des entités régulatrices aboutit à un abandon, au moins partiel, de prérogatives de souveraineté des Etats parties à cet espace. Cette remise en cause sera, cependant, nécessairement limitée, car la place qu'occupe l'espace économique intégré vis-à-vis de l'ordre juridique international est particulière, et de plus, cet espace économique intégré ne saurait tout régir.

767. Lien direct avec les intérêts cruciaux . Avant d'aborder ce thème, il convient de ne pas perdre de vue l'importance des intérêts cruciaux préservés par les dispositions pertinentes. Ces intérêts fondent le caractère impératif de ces textes, ainsi que le mécanisme d'attraction que nous avons décrit. Ils justifient même l'existence de plusieurs critères pour localiser une même situation, en fonction des branches du droit concernées. Nous souhaitons montrer que les Etats peuvent être amenés à perdre une partie des intérêts qu'ils ont à adopter des dispositions impératives, au profit des institutions des Espaces Economiques intégrés. Partant de là, la démarche de localisation risque d'être déplacée.

768. Dualité. Les évolutions quant à la nécessité de localiser les comportements susceptibles de constituer des atteintes aux monopoles professionnels étudiés peuvent être dictées par celles qui affectent la monnaie, et par celle du rôle de l'Etat sur la scène internationale.

Section 1. Évolutions affectant la monnaie, facteur de diminution des intérêts cruciaux de l'Etat.

769. Deux types d'évolutions. Le droit de battre monnaie a depuis longtemps constitué l'une des prérogatives régaliennes des dirigeants ¹²⁷⁴, et aujourd'hui des Etats. Cela étant, les dernières décennies ont contribué, à notre sens, à une refonte complète de ce rôle ¹²⁷⁵, pour au moins deux raisons. D'abord, la monnaie tend à s'unifier, c'est-à-dire qu'une même monnaie sera utilisée sur une zone de plus en plus large ¹²⁷⁶. Ensuite, la monnaie a vocation à se dématérialiser.

¹²⁷⁴ Pour un rappel historique, et sur l'importance du rôle de la monnaie, voir CARBONNIER (J.), *Flexible droit – pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 391 à 411.

¹²⁷⁵ Pour une remarque similaire, voir KRIMMER (I.), La carte de paiement en France, exemple d'un ordre économique privé, *R.I.D.E.*, 1994-2, pp. 217 à 264, spécialement page 217.

¹²⁷⁶ Voir CARREAU (D.), La souveraineté monétaire de l'Etat à la fin du 20^{ème} siècle : mythe ou réalité ? in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 491 à 506.

§ - 1 Apparition de l'euro comme outil de mesure des politiques économiques

770. Liaison entre le droit et l'économie : les deux rôles de la monnaie. Pour comprendre comment l'Euro a peut être amené à affecter la nécessité de localiser, il faut garder à l'esprit d'une part, le rôle crucial de la monnaie dans l'économie d'un pays ou d'une zone, et d'autre part le lien existant entre cette économie et les moyens juridiques destinés à en assurer la sauvegarde ¹²⁷⁷. Sans entrer dans le détail de théories économiques, il doit être remarqué que comme le soulignait le Professeur Elie ALFANDARI, la monnaie est d'abord un instrument de paiement, elle a donc un pouvoir libérateur ¹²⁷⁸. Mais elle est également un instrument de compte ¹²⁷⁹, et un instrument de contrôle de la politique monétaire, et notamment de contrôle de la masse monétaire ¹²⁸⁰. Elle a donc un impact considérable sur les agrégats économiques. Ainsi, une monnaie forte renchérit le prix des produits exportés, et favorisera les investissements à l'étranger par les opérateurs locaux. La balance des paiements en sera donc affectée. A partir de ce constat, l'on peut comprendre que le contrôle d'activités qui touchent à la circulation de la monnaie soit primordial pour un Etat. L'on peut également admettre que l'instauration d'une monnaie unique sur le territoire de plusieurs Etats conduit à reconsidérer le rôle central de l'Etat.

771. Caractère unique de la monnaie dans une zone plus large que celle d'un Etat. Ce phénomène de monnaie unique se rencontre, notamment, au sein de l'Union européenne. L'euro a été introduit comme monnaie ayant cours légal le 1^{er} janvier 2002 ¹²⁸¹ par le truchement du règlement n° 98/974 du 3 mai 1998. Mais son rôle d'unité de compte était bien antérieur ¹²⁸², et un précédent, l'E.C.U. ¹²⁸³, avait déjà assumé ce rôle

¹²⁷⁷ Sur les interactions entre le droit, l'économie et la monnaie, voir KAHN (P.) (sous la direction de), *Droit et monnaie, Etats et espace monétaire transnational*, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Vol. 14, Litec, Paris, 1988, et spécialement les contribution de : COURBIS (B.), Comment l'Etat confère la qualité monétaire à un avoir ? de la notion de cours à la notion de pouvoir libérateur légal, pp. 33 à 48 ; SCHMITT (B.), Nature de la monnaie : une approche économique, pp. 63 à 100 ; FARJAT (G.), Nature de la monnaie : une approche de droit économique, pp. 101 à 134 ; ALFANDARI (E.), Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique, pp. 135 à 153. Pour la nécessité de défendre la monnaie et, par conséquent, l'économie nationale, voir LEVY (J.Ph), « Cinquante ans de défense de la monnaie et de l'économie nationale », in *Clés pour le siècle*, droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion, Dalloz, Paris, 2000, pp. 341 à 367.

¹²⁷⁸ Voir COURBIS (B.), *Op. cit.*, pp. 40 à 47.

¹²⁷⁹ Voir ALFANDARI (E.), *Op. cit.*, page 136.

¹²⁸⁰ Voir ALFANDARI (E.), *Op. cit.*, pp. 150 à 152.

¹²⁸² COURET (A.) *et alii*, voir n° 4543.

¹²⁸³ Ce sigle signifie European Currency Unit, cet unité venant en remplacement de l'Unité de Compte Européenne. Ce dernier a rempli, depuis 1950, la fonction de référence qu'assument les différentes monnaies au niveau national. L'ECU est apparu en 1979.

¹²⁸⁴ . Mais ce n'est pas la seule expérience de « monnaie unique » sur le territoire de plusieurs Etats. En effet, une monnaie peut très bien être utilisée sur plusieurs territoires, ne pas y avoir cours légal, et pourtant servir à l'établissement des comptes de la Nation ou du regroupement d'Etats. Ainsi, M. le Professeur Hugo HAHN précise que les D.T.S., ou droits de Tirage Spéciaux, sont définis « comme des paniers, composés de montants fixes des cinq monnaies les plus importantes » ¹²⁸⁵ . Le D.T.S. est l'unité de compte du Fonds Monétaire International. Il reste que l'on perçoit bien, avec l'euro, une étape supplémentaire puisque désormais, cette monnaie assume les deux rôles simultanément. Cela a un impact non négligeable sur le rôle de l'Etat. En effet, le fait qu'il établit ses comptes en utilisant une monnaie qui reçoit cet usage dans d'autres pays conduit à ce que les textes internes perdent une partie de leur intérêt, donc de leur caractère immédiat.

772. Conséquence sur le caractère crucial des intérêts de l'Etat . De ce qui précède il y a lieu de déduire que les intérêts défendus par l'Etat se trouvent moindre, comparativement à ceux préservés par les institutions de l'Union. En effet, l'on pouvait très bien comprendre que l'Etat avait des préoccupations majeures lorsque sa propre monnaie servait à réaliser les comptes de la Nation. Aujourd'hui, cet intérêt crucial a été déplacé vers l'Union européenne, tout au moins vers le regroupement d'Etats constitutif de la « zone euro », à l'intérieur de laquelle cette monnaie sert à établir les comptes de cette zone, puis des Etats. Il reste cependant que les Etats membres ont toujours intérêt à ce que le secteur bancaire présente la plus grande fiabilité, puisqu'ils établissent aussi leurs comptes en euro.

§ - 2 L'impact de la monnaie électronique

773. Liaison entre le droit et la technologie. L'évolution de la technologie, en ce qu'elle a entraîné la dématérialisation de nombreux supports de l'activité économique, a abondamment alimenté la littérature juridique ¹²⁸⁶ . Ainsi en va-t-il de la monnaie ¹²⁸⁷ . Au delà des épineux problèmes de localisation que cela pose, il appert que la

¹²⁸¹ Voir COURET (A), DEVÈZE (J.) et HIRIGOYEN (G.), *Droit du financement*, Lamy, 2001, n° 4548. Voir également BOURRINET (J.), Quelle place pour l'euro dans l'ordre monétaire international de demain ? in *Au carrefour des droits – Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 651 à 660 ; BURDEAU (G.), L'euro et l'évolution du droit international monétaire, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 473 à 489.

¹²⁸⁴ Voir KAHN (Ph.) (sous la direction de), *Droit et monnaie, Etats et espace monétaire transnational*, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Vol. 14, Litec, Paris, 1988, et spécialement les contributions de : VISSOL (Th.), Les monnaies composites : innovation monétaire, innovation financière, pp. 199 à 236, spécialement page 216 ; HAHN (H.), L'utilisation publique des monnaies composites (ECU, DTS), pp. 237 à 253, spécialement pp. 238 et 239 ; voir BURDEAU (G.), Le F.M.I. et la surveillance de l'espace monétaire et financier mondial, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 261 à 275.

¹²⁸⁵ Voir HAHN (H.), *Op. cit.*, page 246, et la note n° 69. Les monnaies dont il s'agit étaient le dollar US, le Deutsch Mark, le Yen, le Franc, et la Livre Sterling.

BENSOUSSAN (A.), Signature électronique et preuve : évolution ou révolution ?, in « le droit des affaires au XXI^{ème} siècle », colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, 2001, n° 1, pp. 43 à 54 ; BERGÉ (J.S.), Droit d'auteur, conflits de lois et réseaux numériques : rétrospective et prospective, *R.C.D.I.P.* 2000, pp. 357 à 397 ; du même auteur, Droit de l'Internet : approches européennes et internationales – la mise en œuvre des droits sur l'Internet – comment résoudre les conflits transnationaux ? – Rapport sur le thème de la résolution des conflits de lois, Colloque Assemblée Nationale – Université de Paris I – ARPEJE, 19 et 20 novembre 2001, *loc. cit.* ; CAPRIOLI (É.), Ecrit et preuve électroniques dans la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, *Cah. Dr. Ent.*, 2000, n° 2, pp. 1 à 11 ; Aperçus sur le droit du commerce électronique (international), in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 247 à 280 ; CAPRIOLI (É.) et SORIEUL (R.), Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales, *Clunet*, 1997, pp. 323 à 401 ; CATALA (P.), Ecriture électronique et actes juridiques, in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, Paris 1999, pp. 91 à 104 ; DAIGRE (J.J.), Y a-t-il un espace en France pour les systèmes électroniques privés de négociation ? *R.D.B.F.*, 2001, pp. 335 à 337 ; DENTON (R.), L'O.M.C. et le commerce électronique, *Gaz. Pal.*, 1^{er} -2 juin 2001, n° international, Doctr., p. 61 ; DUPUIS-TOUBOL (F.), Commerce électronique : comment en apporter la preuve ?, *R.D.A.I.*, 1998, n° 3, pp. 329 à 347 (article en français et en anglais) ; FALAISE (M.), Réflexions sur l'avenir du contrat de commerce électronique, *P.A.*, 1998, n° 94, pp. 4 à 12 ; GAMET (L.), L'écrit électronique et le droit français de la preuve, *R.R.J.*, 2001-II (1), pp. 535 à 549 ; ROJINSKY (C.), Cyberspace et nouvelles régulations technologiques, *D.*, 2001, Doctr., pp. 844 à 847 ; LARRIEU (J.), L'internationalité et Internet, in « l'internationalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 26 octobre 2001 organisé par l'université de Toulouse I », *Revue Lamy de Droit des affaires*, février 2002, supplément, pp. 41 à 46 ; CHAMOUX (J.P.), Internet : vers une véritable information sans frontière ? in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 281 à 297 ; BOURGEOS (C.), Commerce électronique et protection du consommateur, Mémoire DEA, Université Paris V, <http://www.u-paris2.fr/cejem/travaux/memoires/bourgeos.htm> ; voir encore NICOLAS (H.), La formation du contrat de crédit par Internet, Mémoire de DEA, Université de Paris 5, http://www.droit-univ-paris5.fr/HTMLpages/3eme_cycle/DEA/dea-AOCIVCOM/01memoir/NicolasH.pdf . Pour une approche de droit international public voir TCHIKAYA (B.), L'Internet et les « vieilles outres » du droit international, in *Mélanges en hommage à Bernard VONGLIS*, Faculté de droit et d'économie de la Martinique, Université des Antilles et de la Guyane, L'Harmattan, Paris, 2000, pp. 337 à 353

Voir par exemple KAHN (P.) (sous la direction de), *Droit et monnaie, Etats et espace monétaire transnational*, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Vol. 14, Litec, Paris, 1988, et spécialement les contribution de : FOY (A.M.), *Les cartes bancaires et les innovations technologiques*, pp. 279 à 287 ; FROMENT (E.), *L'informatisation des actes monétaires*, pp. 289 à 302 ; ANCEL (P.), *La monnaie électronique : régime juridique*, pp. 303 à 315. Voir également BLANLUET (G.), La monnaie électronique, définition – nature juridique, *R.D.B.F.*, 2001, pp. 128 à 136 ; CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, *L'Europe des moyens de paiement à l'heure de l'euro et de l'Internet*, Colloque du 26 novembre 1999, Société de Législation Comparée, Paris, 2000 ; DURUT (H.), Des paiements internationaux en ligne, *Banque magazine*, septembre 1999, n° 606, pp. 48 à 49 ; LANGLET (P.) et MARLY (P.G.), La localisation des instruments financiers dématérialisés, *Banque et Droit*, septembre-octobre 2000, n° 73, pp. 3 à 5 ; LECLERCQ (P.), Les titres dématérialisés de paiement et de crédit, in « le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, études offertes à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, pp. 785 à 798 ; FOYER (J.), La dématérialisation des valeurs mobilières en France, in *Mélanges Guy FLATTET*, Université de Lausanne, Faculté de droit, Payot, Lausanne, 1985, pp. 21 à 37 ; GRYNBAUM (L.), Le porte-monnaie électronique, un instrument de paiement indiscret, *R.D.B.F.*, 2003, page 183 ; MARTIN (D.R.), De la (fausse) monnaie électronique, *R.D.B.F.*, 2003, page 65 ; SCHWERER (F.), De la circulation électronique des monnaies scripturales à la monnaie électronique universelle, in « le droit des affaires au XXI^{ème} siècle », colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, 2001, n° 1, pp. 55 à 70 ; STOUFFLET (J.), Monnaie électronique, in « Chronique de droit bancaire européen et international », *R.D.B.F.*, 2000, n° 4, pp. 247 à 248.

dématérialisation de la monnaie peut aboutir à ce qu'elle soit de plus en plus utilisée pour les paiements internationaux. Les supports électroniques de paiement sont bien connus. Des établissements de monnaie électronique ont même vu le jour. Mais pour que la monnaie électronique puisse se développer, il faut que sa sécurité – c'est-à-dire l'impossibilité de la « falsifier » puisse être assurée. Partant, les solutions purement étatiques semblent inadaptées. L'émission de fausse monnaie électronique, par exemple, peut être réalisée indifféremment, et simultanément, sur le territoire de plusieurs Etats. Dès lors, c'est toute la notion de prééminence des intérêts de tel Etat qui est ébranlée. En effet, la menace est la même partout. Il est donc absolument nécessaire de sortir des limites purement étatiques pour lutter contre les risques de falsification. Le fait qu'un monopole quant à la gestion des moyens de paiement soit consenti sur le plan national ne suffit donc plus. Partant, l'un des intérêts cruciaux qui justifie qu'au sur le plan interne, il soit recouru à des dispositions de police pour réglementer les monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement est transféré. Il passe du niveau national au niveau communautaire, voire international.

Section 2. Diminution du rôle de l'Etat-Nation par l'affermissement d'autres protagonistes

774. Problématique. Certains auteurs ont montré que pour certaines raisons qui tiennent à d'autres éléments que la monnaie, les Etats jouent aujourd'hui un rôle moins important que celui qu'ils ont pu remplir par le passé¹²⁸⁸, même si ce rôle n'a pas disparu, et que l'on peut même constater une certaine résistance¹²⁸⁹ – « la souveraineté est une vieille dame ! »¹²⁹⁰. Cela procède aussi bien de la volonté des espaces économiques intégrés de s'affirmer sur la scène internationale¹²⁹¹ que de celle des institutions et textes internationaux d'étendre leur rôle sur le plan international¹²⁹². Les Etats, en cette matière, jouent un rôle, mais ils n'agissent plus uniquement dans leur intérêt propre¹²⁹³.

775. Distinction. Une distinction intéressante peut être faite relativement aux

¹²⁸⁸ CHEMILLIER-GENDREAU (M.) et MOULIER-BOUTANG (Y.) (sous les directions de), *Le droit dans la mondialisation, une perspective critique*, actes du congrès Marx International II, coll. Marx confrontation, PUF, Paris, 2001, et spécialement les contributions de : Monique CHEMILLIER-GENDREAU, affaiblissement des Etats, confusion des normes, pp. 163 à 171 ; Gérard MARCOU, L'avenir des Etats dans l'Union européenne : une approche par le droit et les institutions, pp. 173 à 187 ; Gérard SOULIER, Le dépérissement de l'Etat dans la mondialisation : le cas européen, pp. 189 à 208. Voir également VERHOEVEN (J.), Souveraineté et mondialisation : libres propos, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 43 à 57.

¹²⁸⁹ Voir en ce sens, à propos des définitions disparates des établissements de crédit, SCHRICKE (A.), La notion d'établissement de crédit en Europe (droit européen, droit français et autres droits nationaux), Mémoire D.E.S.S., Université de Paris V, 2000, <http://www.asf-france.com/COMM/optcomm/PrixASF/MemoireSCHRICKE.pdf>.

¹²⁹⁰ Voir VERHOEVEN (J.), *op. et loc. cit.*.

¹²⁹² Sur cette dynamique, voir DUTHEIL de la ROCHERE (J.), Mondialisation et régionalisation, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 435 à 453.

facteurs qui permettent de constater cet affermissement. D'une part, les textes communautaires récemment adoptés ou à venir contribuent à ce que le rôle des espaces économiques intégrés aille croissant, indépendamment de sa primauté ou de son effet direct. Nous le montrerons au travers de quelques exemples significatifs. D'autre part, le regroupement de certaines places financières au sein d'une structure unique conduit également à une diminution du rôle de l'Etat membre au profit de l'Union.

§ - 1 Affermissement par les textes.

776. Quels textes ? L'affirmation du rôle accru des espaces économiques intégrés sera étudiée au travers de l'exemple de l'Union européenne. S'agissant de cet espace, au moins deux textes ¹²⁹⁴ permettent de montrer que la théorie de la localisation change d'entité géographique de référence. C'est-à-dire qu'elle ne sera plus centrée autour des Etats, mais des espaces économiques intégrés. Il s'agit de la proposition de directive sur les services d'investissement d'une part, devenue la directive 2004/39 concernant les marchés d'instruments financiers, et du projet de modernisation de la Convention de Rome d'autre part.

A) Proposition de directive sur les services d'investissement, devenue la directive MIF.

777. Présentation. La proposition refond les dispositions en vigueur concernant les autorités compétentes et la coopération en matière de surveillance. Cette refonte s'articule autour de trois grands axes. D'une part, elle vise à clarifier l'attribution des responsabilités en matière d'application des dispositions de la directive (article 45), ce qu'a repris la directive M.I.F. à l'article 48. D'autre part, la proposition a pour objectif de faire converger davantage les pouvoirs dont disposent les autorités compétentes. Enfin, elle vise à renforcer les dispositions concernant l'échange d'informations entre les autorités compétentes des différents Etats membres ainsi que leurs obligations

¹²⁹¹ A cet égard, il a été affirmé, et cela nous paraît révélateur, que « l'Europe a fait l'inventaire de la planète. Emportée par ses découvertes, elle y a répandu ses valeurs, elle est devenue pour les autres une référence universelle. L'émergence sur un monde aujourd'hui exigu, de cultures et de civilisations naguère encore ternies par son ombre, la réduit-elle maintenant à une référence régionale ? ». Et l'auteur de poursuivre : « Que l'Europe se pense comme universelle est une vérité qui, pour avoir été souvent répétée, n'en est pas moins incontestable ». Voir DUPUY (R.J.), *L'Europe planétaire*, C.C.A.E.L., 1995, Vol. V-2, pp. 1 à 10. Voir également VAN RAEPENBUSCH (S.), *L'émergence de l'union européenne dans l'ordre juridique international*, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 261 à 299.

¹²⁹³ C'est-à-dire qu'ils interviennent en tant que partie, et plus uniquement en qualité de « simple » Nation. Voir BARRIÈRE-BROUSSE (I.), *La création normative des Etats – Point de vue privatiste*, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 133 à 148.

¹²⁹⁴ A notre avis, il s'agit d'un mouvement beaucoup plus large qu'a entamé l'Union. Voir les très nombreux exemples cités par Emmanuel CRABIT, in *La politique juridique du marché intérieur dans le domaine de la société de l'information*, P.A., 21 février 2002, n° 38, pp. 27 à 35.

d'assistance mutuelle et de coopération (articles 51 à 55). Ces objectifs ont été repris dans la directive M.I.F.

778. Clarification de l'attribution des responsabilités. La proposition s'exprime sans équivoque sur ce point.¹²⁹⁵ Il est demandé aux Etats membres de préciser expressément l'autorité compétente, voire la législation applicable. C'est en tout cas ce que prévoit l'article 33 de la proposition de directive. Ce texte dispose en effet que : « 1. Les États membres réservent l'agrément de marché réglementé aux entités établies sur leur territoire qui se conforment aux dispositions du présent titre ». La notion d'entité établie sur le territoire suscite quelques précisions, dans la mesure où il s'agit d'une notion très générale. La directive elle-même peut nous renseigner sur ces questions. Il ajoute que : « 3. Sans préjudice de toute disposition applicable de la directive 2002/.../CE [concernant les abus de marché], le droit public régissant les transactions effectuées dans le cadre des règles et des systèmes propres à un marché réglementé est celui de l'État membre d'origine dudit marché réglementé ». L'article 36 de la directive M.I.F. a repris ces éléments.

779. Convergence des pouvoirs des autorités compétentes. La proposition souhaite tendre vers une intensité équivalente des procédures d'exécution des règles à l'intérieur du marché financier intégré. La liste des pouvoirs (article 46) et les sanctions administratives prévues (article 47) s'inspirent des dispositions analogues des directives concernant l'abus de marché et les prospectus. Ces textes sont devenus les articles 50 à 51 de la directive M.I.F.

780. Intensification de la coopération entre autorités internes. Les dispositions de la DSI concernant la coopération en matière de surveillance ont été conçues dans un contexte où les liens existants entre des marchés nationaux segmentés n'étaient ni développés ni vraiment utilisés. L'intensité accrue et l'immédiateté des communications entre les marchés nationaux rendent aujourd'hui nécessaire une intensification de même ordre de la coopération entre les autorités de surveillance. Cette nécessité sera d'autant plus grande, si l'on souhaite asseoir la confiance que requiert la reconnaissance systématique de la surveillance exercée par l'État membre d'origine. La directive 2004/39 a repris cette exigence de coopération entre autorités compétentes de plusieurs Etats

¹²⁹⁵ Voir la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil, concernant les services d'investissement et les marchés réglementés, et modifiant les Directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil, ainsi que la Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil, présentée par la Commission, 19.11.2002, COM (2002) 625 final, n°2002/0269 (COD), pp. 36 et 37. L'exposé des motifs énonce que : « La DSI étant une directive générale, plusieurs autorités peuvent intervenir dans l'application de son large dispositif, en particulier dans les États membres qui n'ont pas regroupé toutes les responsabilités en matière de surveillance financière sous une même "coupole". La révision de la DSI ne préjuge pas de l'architecture des structures de surveillance dans les États membres. Chaque État membre doit identifier clairement l'autorité compétente chargée de l'application des différentes dispositions, de sorte que cette information puisse être communiquée aux autres États membres. Ce chapitre fixe également les conditions auxquelles les autorités compétentes peuvent déléguer certaines responsabilités à d'autres entités, notamment des organismes autoréglementés. Lorsque cette délégation est autorisée par une disposition de la proposition (tel est le cas en ce qui concerne, par exemple, les conseillers en investissement, les agents liés ou les marchés réglementés), elle doit être accordée conformément aux conditions fixées à l'article 46, paragraphe 2 ». La directive 2004/39 prévoit d'ailleurs un article 46, imposant aux Etats membres de désigner les autorités compétentes.

membres, en distinguant l'obligation de coopérer (article 56), la nature de la coopération (article 57), l'échange d'informations (article 58), le refus de coopérer (article 59), et la consultation entre autorités compétentes avant l'octroi d'un agrément (article 60).

781. Conclusion. L'on peut constater, à la lecture des dispositions de cette proposition, que le rôle de l'Etat diminue. En effet, les points discutés – coopération entre institutions – étaient abordés entre autorités, et entre Etats. L'inclusion de cet impératif de collaboration dans un texte communautaire conduit à un recul du rôle de l'Etat. Parallèlement, l'on peut également assimiler cette solution à une reconnaissance du bien fondé du comportement qu'avait adopté jusqu'à présent l'Etat qui avait choisi de réglementer ces professions.

B) Le livre vert sur la modernisation de la Convention de Rome.

782. Déplacement du problème de la localisation des contrats. Ce livre vert prévoit un réaménagement de l'article 5 de la Convention de Rome, consacré aux contrats conclus avec les consommateurs. Il est question d'appliquer un standard minimal communautaire, dès lors que le contrat est localisé sur le territoire de l'Union¹²⁹⁶. L'on voit bien que la démarche adoptée s'apparente de très près à ce qu'ont fait les Etats en appliquant les dispositions de police du for. Couplé à l'émergence d'une définition des dispositions communautaires de police, il est patent que l'on assisterait à un véritable glissement de la nécessité de localiser, les Etats abandonnant – pour les dispositions faisant partie du domaine harmonisé de façon maximale voire unifié – leurs prérogatives au profit des espaces économiques intégrés.

§ - 2 Affermissement par le regroupement de marchés.

783. Le problème. Les bourses de Paris, Bruxelles et Amsterdam se sont regroupées, pour former une sorte de marché financier unifié, de place financière unique, plus connue sous le nom d'Euronext. C'est sur la base d'un accord de coopération que ce regroupement a pu se réaliser. Nous avons vu que cela pouvait avoir des conséquences sur le choix du critère d'efficacité internationale des dispositions de police. Mais une autre conséquence doit être notée ici. Par ailleurs, d'aucuns ont pu constater que l'Etat était devenu une sorte de « David humanisé d'un combat contre un Goliath financier insaisissable »¹²⁹⁷. Pire, il serait même « un apprenti sorcier dans l'apparition de la fiction financière »¹²⁹⁸.

¹²⁹⁶ Voir COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, du 14 janvier 2003, COM (2002) 654 final, point 3.2.8.

¹²⁹⁷ Voir SOREL (J.M.), Les Etats face aux marchés financiers, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 507 à 543, spécialement page 507.

¹²⁹⁸ *Ibidem*, page 517.

784. Les conséquences. Pour faire face aux marchés « regroupés »¹²⁹⁹, comportant des acteurs eux-mêmes issus de regroupements transfrontières, à travers plusieurs Etats¹³⁰⁰, il n'est plus suffisant de procéder par des réponses purement étatiques pour réglementer l'accès à ces marchés, et l'exercice de professions réglementées. Dès lors, l'on perçoit l'intérêt d'une véritable réglementation européenne – voire internationale – pour les marchés de cette nature, lorsque ceux-ci comprennent des entreprises de marché exerçant au sein de plusieurs Etats.

¹²⁹⁹ Voir CARREAU (D.), La souveraineté monétaire de l'Etat à la fin du 20^{ème} siècle : mythe ou réalité ? in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 491 à 506.

¹³⁰⁰ Ainsi en est-il des groupes tels que Dexia, HVB/Bank Austria, Générale de Banque/Fortis, Nordea... Voir SARLAT (G.), Conférence : l'intégration des marchés financiers en Europe, http://coursenligne.sciences-po.fr/2003_2004/sarlat/integration_marches_financiers.htm.

CONCLUSION

785. L'application territoriale des monopoles professionnels : un phénomène complexe. Nous avons, lors de nos propos introductifs, pressenti que la tâche consistant à la délimitation de la zone d'efficacité internationale des monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement serait difficile. Parvenus au terme de l'étude, nous ne pouvons que confirmer cette affirmation. Les facteurs déterminants de cette complexité sont au nombre de trois. D'abord, le texte de référence qui autorise la délimitation spatiale de l'efficacité internationale des textes issus du droit français aurait besoin d'être repensé, alors qu'il sert aujourd'hui de fondement aux décisions rendues. Non pas que ce texte n'ait eu aucune utilité, ni qu'il ait souffert d'infirmités congénitales. Mais il a été pris dans un contexte particulier, daté, à une époque où les législations étaient monolithiques. Le contexte ayant évolué, il est normal que le texte qui en est issu trouve ses limites. Ensuite, un jeu de pouvoirs entre les Etats et les espaces économiques intégrés, ou même des Etats non membres, mais parties à des accords de reconnaissance mutuelle conduit à une multiplication des sources concernées, sans pour autant qu'une réelle réflexion d'ensemble ne soit envisagée. Le troisième facteur de complexité réside dans le fait qu'il appartient, pour l'instant, à l'Etat de se faire garant de la préservation de tous les intérêts en présence. Or, il réagit en Etat, c'est-à-dire par l'incitation et la contrainte, mais avec un champ d'application territorialement limité. Des perspectives de simplification sont pourtant envisageables.

786. La mutation possible : d'une application territoriale prolongée à une application territoriale simplifiée . Nous avons vu que la zone d'application impérative des dispositions de police était, actuellement, étendue par le moyen de la reconnaissance

mutuelle, à des zones que nous avons appelées d'application extraterritoriale. C'est ce que nous avons baptisé « pluriterritorialité », que l'on pourrait encore dénommer les hypothèses de prolongement de l'application territoriale. Or, c'est parce qu'il existe des possibilités de parvenir à une unification des législations, et du fait de l'introduction de la monnaie unique, de l'avènement du marché unique des services financiers, qu'un intérêt reconnu jusqu'à présent comme crucial sur le plan interne ne le sera peut-être plus. En revanche, il pourra l'être sur le plan communautaire, par exemple. Si l'on admet que le caractère crucial des intérêts protégés est en train de changer de niveau, l'on peut déduire que l'on change d'espace géographique de référence. En d'autres termes, le raisonnement ne partira plus de la zone comprise dans le territoire de l'Etat, comme nous avons débuté notre travail, mais il partira directement de la zone comprise au sein de l'Espace Economique Intégré que constitue l'Union européenne. Le principe de territorialité peut être amené à se simplifier¹³⁰¹ du fait de l'élargissement de l'espace géographique de référence. Il y a cependant lieu de formuler un tempérament. En effet, l'on ne peut pas conclure à l'abandon pur et simple du principe de territorialité pour l'instant¹³⁰². Même simplifié, il nous semble qu'actuellement, le principe de territorialité se maintiendra, en l'absence de réelle unification internationale des normes applicables.

787. Nécessité d'organiser la méthode et les critères de localisation. Nous avons d'abord montré que les textes gouvernant l'interdiction d'exercer étaient des textes qui procèdent par voie d'attraction des situations dans leur zone d'efficacité internationale. Nous avons également montré que pour qu'une activité professionnelle irrégulière puisse être sanctionnée, il convenait, dans le cadre d'une action en justice, de déterminer quelle sorte d'intérêt est bafouée par l'exercice irrégulier dans cette zone. Le type d'intérêt commanderait alors la localisation de l'atteinte qui y serait portée. Cette localisation aurait pour objet de situer l'atteinte dans ou hors de la zone d'attraction du texte dont les dispositions n'ont pas été respectées. A partir de là, il y aurait lieu de dégager du critère principal, à savoir l'atteinte à ces intérêts, les critères particuliers, matérialisant cette atteinte. Et ces critères seraient organisés, en fonction des intérêts atteints. Localiser une infraction et localiser l'élément ayant causé un préjudice ne se résout pas de la même façon. La première peut exiger une activité récurrente, au-delà même de la stricte condition d'habitude qui gouverne la localisation de telles infractions en matière pénale. Le second peut s'affranchir de cette caractéristique, et l'on pourra se concentrer sur un acte isolé, contrat conclu ou sollicitation. Reste que cette méthode est, selon nous, un pis-aller, et que des évolutions peuvent être envisagées. En effet, elle laisse subsister des difficultés. Celles-ci pourraient être écartées de deux façons : par réflexion normative d'une part, et par un recours à la confrontation des interlocuteurs concernés.

788. Nécessité d'une réflexion normative adaptée. Le dispositif actuel cumule

¹³⁰¹ Ce vœu de simplification, et plus généralement de simplification de la règle de conflit, a été exprimé également par M. GRAHAM. Voir GRAHAM (J.A.), *European Private International law and Cyberbanking Agreements*, <http://www.net.org.de/papers/ecomder.pdf>.

¹³⁰² Certains parlent même de renaissance. Voir BRAUN (A.), *La renaissance du principe de territorialité du droit de marque dans le droit communautaire*, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 777 à 796.

juxtaposition et superposition de textes. Et cela pour deux raisons essentielles. D'abord, il est presque devenu naturel, au sein de la littérature juridique, de fustiger la pléthore et la qualité médiocre des textes votés¹³⁰³. Ensuite, l'interférence des ordres juridiques entre eux, qu'il s'agisse de l'ordre communautaire, international, des ordres nationaux et professionnels, met en exergue un phénomène particulier. Il s'agit d'une sorte de confrontation entre différentes sphères de pouvoirs, chacun souhaitant s'en arroger ou en conserver une part, selon les cas. Les Etats veulent garder une sphère de compétences, alors que les institutions communautaires ou internationales ont la volonté de s'affirmer aux dépens des premiers. Par ailleurs, les sources transnationales émergent, en tentant de s'insérer du mieux possible dans un contexte légicentré¹³⁰⁴ en perpétuel mouvement. Si l'on ajoute les difficultés linguistiques et culturelles¹³⁰⁵, l'on dresse un bon état des raisons de la résistance des Etats à confier certaines réglementations à la sphère internationale, voire transnationale. Tout cela ne facilite pas la lisibilité ni la prévisibilité des solutions applicables. C'est pourquoi une organisation plus cohérente pourrait s'imposer. Elle pourrait passer par la mise en exergue de thèmes clés, sur lesquels les Etats se seraient accordés – nécessité de sanctionner, comportements punissables pénalement ou administrativement, par exemple, qui pourraient faire l'objet d'une convention de droit matériel. Puis, d'autres secteurs pourraient faire l'objet d'un rapprochement ou d'une coordination des législations. Il s'agirait, en quelque sorte, d'une démarche « tous azimuts »¹³⁰⁶. Il faudrait simplement que la réflexion ait lieu aussi bien pour le secteur bancaire, quelle que soit l'activité, que le secteur financier, ou encore celui du démarchage. Et cette réflexion pourrait se faire sur la base d'une « copie » remise par les protagonistes dont les intérêts sont à protéger, à savoir les professionnels eux-mêmes et les consommateurs – usagers avertis ou profanes – de services bancaires ou financiers. Cette réflexion ne peut avoir lieu de manière efficace que s'il existe une véritable négociation entre les différents protagonistes.

789. Nécessité d'une négociation entre les interlocuteurs concernés. Absence d'unification et de réflexion globale sur le plan international ne veut pas dire immobilisme. Il faut tenir compte de l'un des éléments de complexité du phénomène monopolistique pour y apporter des réponses adaptées. D'abord, puisque les intérêts des Etats sont menacés lorsqu'il est procédé à un exercice irrégulier des professions en cause, il faut procéder à une coordination des efforts des Etats, pour les domaines qui relèvent de la contrainte, du contrôle, et du droit de punir. Et ce dans le seul but d'éviter les situations

¹³⁰³ Voir SERLOOTEN (P.), *Op. cit.*

¹³⁰⁴ Voir sur ce légicentrisme, MUIR WATT (H.), « Law and economics » : quel apport pour le droit international privé ? in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 685 à 702, spécialement page 685.

¹³⁰⁵ *Ibidem*, note 3.

¹³⁰⁶ Ce type de démarche a déjà été préconisé, et de remarquable manière. Voir en ce sens POILLOT-PERUZZETTO (S.), La loi applicable au contrat électronique, in *Le contrat électronique*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, des amis de la culture juridique française, Université de Paris II, Journées nationales, t. V, Toulouse, 2000, L.G.D.J. diffuseur, pp. 35 à 58.

d'impunité dues au franchissement d'une frontière. Nous évoquions Al Qaida et ses « intermédiaires » en début de réflexion. L'arrêt Alsace-Moselle en est une autre illustration. Les Etats n'ont pas réagi, en l'occurrence ni les Pays-Bas, ni la Belgique, ni la France, pour punir une banque néerlandaise ou belge, qui avait exercé en France une activité pour laquelle, compte tenu des textes applicables à l'époque des faits, elle n'était pas agréée. Cela nous semble traduire un embarras, ou plus simplement le fait que dans cette espèce, les intérêts de l'Etat n'étaient pas directement atteints... Ensuite, puisque les intérêts des usagers et des professionnels sont concernés, il conviendrait de leur permettre de veiller à leur défense. Mais il serait nécessaire de préserver une sorte d'équilibre entre les forces en présence. Pour cela, il faudrait que les regroupements de consommateurs passent d'une logique de confrontation, dans laquelle ils sont actuellement, à une logique de négociation.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

Ouvrages de droit international privé

ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.)

- Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 4^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2001. (I.3.7.)

ARMINJON (P.)

- Précis de droit international privé commercial, Dalloz, 1948. (I.5.2.)

AUDIT (B.)

- *Droit international privé*, Collection Droit Civil, 3^{ème} éd., Economica, 2000. (I.3.1.)

BATIFFOL (H.)

- *Droit international privé*, L.G.D.J., 1949. (I.5.4.)

BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.)

- *Traité de droit international privé*, t. 1, 8^{ème} éd., 1993, L.G.D.J., Paris. (I.1.4.), (I.2.1.)
- *Traité de droit international privé*, t. 2, 7^{ème} éd., 1983; L.G.D.J., Paris. (emprunté B.U.)

BELIARD (G.), RIQUIER (E.) et WANG (X.Y.)

- *Glossaire de Droit International Privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992. (XIV.5.1. et 2.)

FOELIX

- *Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations*, 4^{ème} éd., par DEMANGEAT, t. I, Marescq Ainé, Paris, 1866.

GUTMANN (D.)

- *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Cours Dalloz, Coll. Droit privé, Paris, 2002.

HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et GEOUFFRE de la PRADELLE (G. de)

- *Droit international privé*, 1987, Masson, Paris. (I.3.3.)

JACQUET (J.M.) et DELEBECQUE (Ph.)

- *Droit du commerce international*, 3^{ème} éd., Cours Dalloz, Coll. Droit privé, Paris, 2002.

LAINÉ (A.)

- *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code Civil*, 2 t., Paris, 1888-1892.

LAPRADELLE (A. de) et NIBOYET (J.P.)

- *Répertoire de droit international*, librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929. (XIV.5.3.)

LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.)

- *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 1999. (I.1.5.), (I.2.2.), (I.3.2.)

MAYER (P.)

- *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Précis Domat, Montchrestien, Paris, 1998. (emprunté salle commercial)

MAYER (P.) et HEUZÉ (V.)

- *Droit international privé*, 7^{ème} éd., Précis Domat, Montchrestien, Paris, 2001.
(emprunté salle commercial)

NIBOYET (J.P.)

- *Traité de droit international privé français*, T. V, La territorialité (fin), l'extraterritorialité, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1948.
- *Traité de droit international privé français*, T. VI, La territorialité, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1947.

STOUFFLET (J.)

- *Droit international privé*, Cours de licence en droit-4^{ème} année, Ecole Nationale des Impôts – Faculté de droit et des sciences économiques de Clermont-Ferrand, 1969/1970. (pochette à part)
- *Droit international privé*, Cours de licence en droit-4^{ème} année, Ecole Nationale des Impôts – Faculté de droit et des sciences économiques de Clermont-Ferrand, 1970/1971.

Ouvrages de droit bancaire et financier

BONNEAU (T.)

- *Droit bancaire*, 3^{ème} éd., Précis Domat, Montchrestien, 1999 ; 5^{ème} éd., Précis Domat Montchrestien, Paris, 2003. (II.2.13.)

BONNEAU (T.) et DRUMMOND (F.)

- *Droit des marchés financiers*, Economica, Paris, 2001. (II.1.11.), (II.2.2.)

CASSOU (P.H.)

- Recueil des textes relatifs à l'exercice des activités bancaires et financières, CRBF et Banque de France éditeurs, 2000. (emprunt salle de commercial.)

COURET (A), DEVÈZE (J.) et HIRIGOYEN (G.)

- *Droit du financement*, Lamy, Paris, 2000, 2003. (II.1.10.), (II.2.9.) (IX.2.10.) (IX.2.13.) (IX.3.7.) (IX.4.4.), (XII.3.2.), (XII.4.10.), (XIII.4.2.)

DELACOUR (J.P.)

- *Les opérations de banque*, fasc. 1, Centre d'Études Supérieures de Banque, Les cours de droit, Paris, 1975/1976. (emprunt salle de commercial.)

GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.)

- Droit bancaire. Institutions – comptes – opérations – services, 4^{ème} éd., Litec, Paris, 1999. (II.1.1.)
- Droit bancaire. Institutions – comptes – opérations – services, 5^{ème} éd., Manuels Jurisclasseur, Litec, Paris, 2002.
- *Droit de la banque*, 1^{ère} éd., coll. Thémis droit, Presses Universitaires de France, Paris, 1974. (emprunt salle de commercial.)

JUGLART (M. de) et IPPOLITO (B.)

- *Droit commercial*, t. 4, Banque et bourse, contrats commerciaux, Montchrestien, Paris, 1974. (emprunt salle de commercial.)

MATTOUT (J.P.)

- *Droit bancaire international*, 2^{ème} éd. Banque éditeur, Paris, 1995. (II.2.15.)

RIVES-LANGE (J.L.) et CONTAMINE-RAYNAUD (M.)

- *Droit bancaire*, Précis, 6^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1995. (II.1.14.), (II.2.14)

SOUSI-ROUBI (B.)

- Droit bancaire européen, Dalloz, Paris, 1995.

VAUPLANE (H. de), et BORNET (J.P.)

- Droit des marchés financiers, Litec, 1998. (II.2.5.)

Autres ouvrages généraux

ACOLLAS (É.)

- Manuel de droit civil, commentaire philosophique et critique du code Napoléon, contenant l'exposé complet des systèmes juridiques, 2^{nde} éd., t. 1, Germer-Baillièrre, Paris, 1874. (IV.3.6.)

AUBRY (C.) et RAU (C.)

- *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} éd., t. 1, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchal, Billard et Cie, Paris, 1869. (IV.3.9.)

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et HOUQUES-FOURCADE (M.)

- *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^{ème} éd., t. 1, Librairie de la société du recueil Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1907. (IV.3.10.)

BEUDANT (C.) par BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.)

- *Cours de droit civil français*, 2^{nde} éd., t. 1, Rousseau & Cie éditeurs, Paris, 1934. (IV.3.5.)

CARBONNIER (J.)

- *Flexible droit – pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2001.

CONSTANTINESCO (V.), JACQUÉ (J.P.), KOVAR (R.), SIMON (D.) (sous la direction de)

- *Traité instituant la C.E.E. – commentaire article par article*, Economica, Paris, 1992

CORNU (G.)

- *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, Quadrige, P.U.F., Paris, 2001. (XIV.3.3.1. à 3.)

DE LA FUENTE (F.)

- *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1993. (XIV.4.1.)

DEMANTE (A.M.)

- *Cours analytique de code civil*, 3^{ème} éd., t. 1, Plon, Paris, 1895. (IV.3.14.)

DEMOLOMBE (C.)

- *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, Durand et Pédone-Lauriel, Paris, 1869/1870. (IV.3.15.)

DESPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.)

- *Droit pénal général*, coll. Corpus droit privé, 9^{ème} éd., Economica, Paris, 2002.

DUCOULOUX-FAVARD (C.) (sous la direction de)

- *Droit pénal des affaires*, Lamy, Paris, 2002.

DURANTON (M.)

- *Cours de droit français suivant le code civil*, 4^{ème} éd., t. 1, Thorel et Guilbert, Paris, 1844.

GAVALDA (C.) et PARLÉANI (G.)

- *Droit des affaires de l'Union européenne*, 3^{ème} éd., Litec, Paris, 1999 ; 4^{ème} éd., Litec, Manuels Jurisclasseur, Paris, 2002, par PARLÉANI (G.).

GOLDMAN (B.), LYON-CAEN (A.), VOGEL (L.)

- *Droit commercial européen*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1994.
GUYON (Y.)
- *Droit des affaires, droit commercial et général des sociétés*, T. 1, collection droit des affaires et de l'entreprise, série Enseignement, 11^{ème} éd., Economica, 2001. (I.1.3.)
JEANDIDIER (W.)
- *Droit pénal des affaires*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2003.
JOSSERAND (L.)
- *Cours de droit civil positif français*, 2^{nde} éd., t. 1, Sirey, Paris, 1932. (IV.3.7.)
KELSEN (H.)
- *Théorie pure du droit*, traduit par Charles EISENMANN, collection « la pensée juridique », Bruylant-L.G.D.J., Paris, 1999.
LARGUIER (J.) et CONTE (P.)
- *Droit pénal des affaires*, 9^{ème} éd., Armand Colin, 1998. (Doc perso.)
LAURENT (F.)
- *Principes de droit civil français*, 3^{ème} éd., t. 1, Bruylant-Christophe, Bruxelles, 1878. (IV.3.11.)
LITTRÉ (É.)
- *Dictionnaire de la langue française*, Librairie Hachette & Cie, Paris, 1878, mise à jour de 1883. (XIV.2.1.)
LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.D.),
- *Droit du commerce international*, Paris, 1969.
MARCADÉ (V.)
- *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, 5^{ème} éd., t. 1, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, Paris, 1852. (IV.3.8.)
MARTY (G.) et RAYNAUD (P.)
- *Droit civil*, 3^{ème} éd., les personnes, Sirey, Paris, 1976. (IV.1.4.)
MERLE (R.) et VITU (A.)
- *Traité de droit criminel, Vol. 1, problèmes généraux de la science criminelle, droit*

pénal général, 7^{ème} éd., Cujas, Paris, 1997.

- *Traité de droit criminel, Vol. 2, procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, Paris, 2001.

MOURLON (F.) et DEMANGEAT (C.)

- *Répétitions écrites sur le code civil, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, 12^{ème} éd., t. 1, Garnier Frères, Paris, 1884. (IV.3.13.)

RÉAU (R.), RONDEPIERRE (J.), BOURREL (E.), LEROLLE (M.), ESMEIN (M.) et SUMIEN (P.)

- *Petit dictionnaire de droit*, Dalloz, Paris, 1951. (XIV.3.4.)

RIDEAU (J.)

- *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Manuel, 4^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2002.

ROLAND (H.) et BOYER (L.)

- *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, Paris, 1999.
- *Locutions latines du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, Paris, 1998. (XIV.3.2.)

SCHAPIRA (J.), LE TALLEC (G.), BLAISE (J.B.)

- *Droit européen des affaires*, Coll. Thémis droit privé, 4^{ème} éd., Presses Universitaires de France, Paris, 1994.

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.)

- *Introduction au droit*, 5^{ème} éd., Litec, Paris, 2000. (IV.1.5.)

TEULON (F.) (sous la direction de)

- *Dictionnaire d'histoire, économie, finance, géographie*, Coll. Major, 3^{ème} éd. refondue, P.U.F., Paris, 1993. (XIV.2.5.)

TOULLIER (C.B.M.)

- *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, 5^{ème} éd., t. 1, Renouard, Paris, 1839. (IV.3.12.)

VARII AUCTORES

- *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 1993. (XIV.3.1. à 5.)

VERHOEVEN (J.)

- *Droit de la communauté européenne*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Larcier, Bruxelles, 2001.

ZACHARIAE (K.S.) trad. MASSÉ (G.) et VERGÉ (C.)

- *Le droit civil français*, 5^{ème} éd., t. 1, Auguste Durand, Paris, 1854. (IV.3.16.)

Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

Ouvrages de droit international privé

ABRAHAMS (R.)

- *Les sociétés en droit international privé, recherche du principe d'extraterritorialité*, Librairies techniques, Paris, 1957. (IV.1.3.)

ANCEL (M.É.)

- *La prestation caractéristique du contrat*, thèse, Economica – collection recherches juridiques, Paris, 2002.

CHILSTEIN (D.)

- *Droit pénal international et lois de police – Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003.

COMITÉ FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

- *La codification du droit international privé – discussion de l'avant projet de la Commission de réforme du Code civil (20-21 mai 1955)*, Dalloz, Paris, 1956. (EMPRUNT CUJAS.)

DEBY-GERARD (F.)

- *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Thèse, Dalloz, Paris, 1973.

DONNEDIEU de VABRES (J.)

- *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits des lois depuis le début du 20^{ème} siècle*, Librairie du Recueil Sirey, 1938. (I.5.1.1.), (I.5.1.2.)

ELHOUEISS (J.L.)

-
- *Personnalité et territorialité en droit international privé*, Thèse, Paris II, 2000. (VI.3.7.)
FOUCHARD (Ph.)
 - *l'arbitrage commercial international*, Thèse, Dijon, 1963.
FRANCESCAKIS (Ph.)
 - *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958.
GUINAND (J.)
 - *Les conflits de lois en matière de capacité*, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1970.
KARAQUILLO (J.P.)
 - *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, P.U.F., Paris, 1977.
LECLERC (F.)
 - *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflits de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995.
OSMAN (F.)
 - *Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Bibliothèque de droit privé, t. 224, L.G.D.J., Paris, 1992.
PAMBOUKIS (C.)
 - *L'acte public étranger en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1993.
PARDOEL (D.)
 - *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, Thèse, Bibliothèque de droit privé, t. 277, L.G.D.J., Paris, 1997.
ROBERT (J.)
 - *Le phénomène transnational*, L.G.D.J./éditions de l'A.F.A., Association Française d'Arbitrage, Paris, 1988. (VI.a.6.)
SERAGLINI (C.)
 - *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, Paris, 2001.

VAN DER ELST (R.)

- *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, t. I, caractères généraux, éditions du Recueil Sirey, Paris, 1956. (emprunté salle commercial, I-45.)
- *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, t. II, responsabilité civile, quasi-contrats, police des actes juridiques, des professions, du travail, et autres institutions rattachées aux lois de police et de sûreté, éditions du Recueil Sirey, Paris, 1963. (emprunté salle commercial, I-45.)

VOS (L. de)

- Le problème des conflits de lois, cours de droit international privé belge, t. II, Bruylant, Bruxelles, 1947. (I.5.3.)

Ouvrages de droit bancaire et financier

BONNEAU (T.) (sous la direction de)

- *La modernisation des activités financières*, GLN-Joly, Paris, 1996.

BOUGRAULT (C.)

- La libre prestation de services et la protection du consommateur dans le cadre de la vente à distance de services financiers, Mémoire DESS, Université de Paris V, <http://www.droit.univ-paris5.fr/dess-bf/memoires/database/memoires/00442.doc> .

CASSOU (P.H.)

- *La réglementation bancaire*, coll. Banque et Stratégie, S.É.F.I., 1997. (emprunté salle commercial, B-863.)

DAUPHIN-MEUNIER (A.)

- *La banque à travers les âges – historique anecdotique*, t. 1 et 2, Banque éditeur, Paris, 1937.

DEJEMEPPE (P.) (sous la direction de)

- Les consommateurs et l'Europe des services financiers, Bruylant, Bruxelles, 1992.

DUCOULOUX-FAVARD (C.) et RONTCHEVSKY (N.)

- Infractions boursières – Délits boursiers, Manquements administratifs, éd. Joly, coll. Pratique des affaires, Paris, 1997.

DUPONT (P.C.)

- *Le contrôle des banques et la direction du crédit en France*, coll. Finance et économie appliquée, Dunod, Paris, 1952. (II.1.17.1.), (II.1.17.2.)

MATTOUT (J.P.) et VAUPLANE (H. de) (sous la direction de)

- *Droit bancaire et financier*, Mélanges A.E.D.B.F.-France, t. I, Banque éditeur, Paris, 1997. (IX.2.1.)

PÉZARD (A.) et ÉLIET (G.)

- *Droit et déontologie des activités financières en France*, Collection finance et société, éd. AEF-Montchrestien, Paris, 1997. (II.1.15.), (II.1.16.)

RADICATI di BROZOLO (L.),

- *Operazioni bancarie internazionali e conflitti di leggi*, éd. Giuffrè, Milan, 1984.

RIFFARD (J.F.)

- *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, contribution à une rationalisation du droit français, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont Ferrand - L.G.D.J., 1997.

SALGUEIRO (A.)

- *Modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur*, Thèse Clermont Ferrand, 2004, à paraître.

SCHRICKE (A.)

- *La notion d'établissement de crédit en Europe (droit européen, droit français et autres droits nationaux)*, Mémoire D.E.S.S., Université de Paris V, 2000, <http://www.asf-france.com/COMM/optcomm/PrixASF/MemoireSCHRICKE.pdf>.

SOUSI - ROUBI (B.)

- *Le cadre européen de l'activité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement*, Institut Universitaire International Luxembourg, A.E.D.B.F., Cours de formation approfondie en Droit bancaire et financier de l'union européenne, mars 2002. (II.2.19.)

STOUFFLET (J.)

- *Le crédit documentaire, étude juridique d'un instrument financier du commerce international*, thèse, Dijon, 1959. (emprunté BU.)

STOUFFLET (J.), CAMPET (Ch.), KOSZUL (M.), MORAN (P.), SARMET (M.)

- *L'activité des banques étrangères en France*, publications de l'université de Paris I

Panthéon Sorbonne, série « droit privé », Presses Universitaires de France, Paris, 1975.)(VIII.1.6.)

VARII AUCTORES

- *Le crédit hypothécaire dans la communauté européenne*, Fédération hypothécaire auprès de la Communauté Européenne, Bruxelles, 1990.

VAUPLANE (H. de) et DAIGRE (J. J.) (sous la direction de)

- *Droit bancaire et financier*, Mélanges A.E.D.B.F.-France, t. III, Banque éditeur, Paris, 2001. (VI.a.17.), (VIII.5.15.), (VIII.5.16.), (XII.4.15.)

Autres ouvrages spéciaux

BOCHURBERG (L.)

- Internet et commerce électronique, site web, contrats, responsabilité, contentieux, 2ème éd., Delmas, Paris, 2001.

BOURGEOS (C.)

- Commerce électronique et protection du consommateur, Mémoire DEA, Université Paris V, <http://www.u-paris2.fr/cejem/travaux/memoires/bourgeos.htm>.

CHEMAIN (R.)

- *L'Union Economique et Monétaire – Aspects juridiques et institutionnels*, thèse, Paris I, Collection études internationales, n° 10, Paris, Pédone, 1995.

COLOMBANI (P.)

- Le dossier noir des cartes bancaires, 37 millions d'otages, éd. Carnot, Chatou, 2001.

CONSTANTINESCO (V.)

- Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1974.

DEUMIER (P.)

- *Le droit spontané*, Thèse, Economica, coll. Recherches Juridiques, Paris, 2002.

GHESTIN (J.) et FONTAINE (M.) (sous les directions de)

- La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges, Bibliothèque de droit privé, t. 261, L.G.D.J., Paris, 1996. (V.4.2. rapport MAYER)

GRANGIER (B.)

- Les opérations financières par Internet, Mémoire Magistère, Aix, mai 1999, <http://magistere1.multimania.com/doctrine/rgrangier99.html> . (III.2.5.)

GRIOLET (G.) et VERGÉ (C.) et alii.

- Nouveau Code civil, annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine, t. 1, Dalloz, Paris, 1900 – 1905. (IV.1.2.)

LUCAS de LEYSSAC (M.P.)

- *Décision de justice et répression pénale*, Thèse, Paris, 1975

MESSERLIN (P.)

- *La nouvelle organisation mondiale du commerce*, Institut Français des Relations extérieures, Coll. Ramsès, Dunod, Paris, 1995.

MOREL MAROGER (J.)

- Les opérations de banque en droit international privé, thèse, Paris I, mai 2003.

NICOLAS (H.)

- La formation du contrat de crédit par Internet, Mémoire DEA, Université de Paris 5, http://www.droit-univ-paris5.fr/HTMLpages/3eme_cycle/DEA/dea-AOCIVCOM/01memoir/NicolasH.pdf

PACÉ (V.)

- L'organisation Mondiale du Commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux, collection logiques juridiques, l'Harmattan, Paris, 2000. (emprunt B.U. cote 341.14 PACE)

RUFFINI (P. B.)

- *Les banques multinationales*, Publications de l'Université de Rouen, PUF, Paris, 1983.

SÉRIAUX (A.) et DORCE (F.)

- *Jean Etienne Marie Portalis, Ecrits et discours juridiques et politiques*, Collection des Publication du Centre de Philosophie du Droit, Presse Universitaires d'Aix Marseille, 1988.

THIEFFRY (P.)

- *Commerce électronique : droit international et européen*, Litec, Paris, 2002.

THULLIER (B.)

- *L'autorisation, étude de droit privé*, Thèse, Bibliothèque de droit privé, t. 252, L.G.D.J., Paris, 1996.

VARII AUCTORES

- *Clés pour le siècle*, droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion, Dalloz, Paris, 2000.

WOOG (J.C.)

- *Pratique professionnelle de l'avocat*, 3ème éd., Litec – Gazette du Palais. (I.2.6.)

X...

- Conférence du Code civil, avec la discussion particulière du Conseil d'État et du Tribunal, avant la rédaction définitive de chaque projet de loi, tome 1, Chez Firmin Didot, Libraire, Paris, 1805.

Recueils de Cours.

ALONSO GARCIA (R.)

- Community and National Legal Orders : Autonomy, Integration and Interaction, C.C.A.E.L., 1999, Vol. VII-1, pp. 59 à 183.

ARMINJON (P.)

- L'objet et la méthode en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1928, I, Vol. 21, pp. 429 à 512. (VIIa.9.)

AUDIT (B.)

- Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la « crise » des conflits de lois), *R.C.A.D.I.*, 1984, III, Vol. 186, pp. 219 à 397.

BARTIN (É.)

- La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois, *R.C.A.D.I.*, 1930, I, Vol. 31, pp. 561 à 622. (VIIa.10.)

BASEDOW (J.)

- Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence, *R.C.A.D.I.*, 1997, I, Vol. 264, pp. 9 à

178.

BATIFFOL (H.)

- Le pluralisme des méthodes en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1973, II, Vol. 139, pp. 75 à 148. (VII.6.)

BELLOT (H.H.L.)

- La théorie anglo-saxonne des conflits de lois, *R.C.A.D.I.*, 1924, II, Vol. 3, pp. 95 à 176. (VIIa.6.)

BORRÁS (A.)

- Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel, *R.C.A.D.I.*, 1994, V, Vol. 249, pp. 145 à 368. (emprunté BU.)

BOUREL (P.)

- Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1989, II, Vol. 214, pp. 251 à 398.

BÜCHER (A.)

- L'ordre public et le but social des lois en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1993, II, Vol. 239, pp. 9 à 116. (VII.7.)

CARREAU (D.)

- Le système monétaire international privé (U.E.M. et euromarchés), *R.C.A.D.I.*, 1998, Vol. 274, pp. 309 à 391.

DOLINGER (J.)

- Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts, *R.C.A.D.I.*, 2000, III, Vol. 283, pp. 187 à 512. (VIIa.11.1. et 2.)

DROZ (G.A.L.)

- Regards sur le droit international privé comparé, cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1991, IV, Vol. 229, pp. 9 à 424. (VII.3.1. et 2.)

DUPUY (R.J.)

- L'Europe planétaire, *C.C.A.E.L.*, 1995, Vol. V-2, pp. 1 à 10.

EEK (H.)

- Peremptory norms and private international law, *R.C.A.D.I.*, 1973, II, Vol. 139, pp. 1 à 74. (VII.5.)

FALLON (M.)

- Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté Européenne, *R.C.A.D.I.*, 1995, III, Vol. 253, pp. 9 à 282. (VIIa.13.)

FREYMOND (P.)

- Questions de droit bancaire international, *R.C.A.D.I.*, 1970, III, Vol. 131, pp. 1 à 74. (VIIa.12.)

GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.)

- L'ordre juridique des communautés européennes et le droit international, *R.C.A.D.I.*, 1975, V, Vol. 148, pp. 1 à 433.

GEOUFFRE de la PRADELLE (P. de)

- Notions de territoires et d'espace dans l'aménagement des rapports internationaux contemporains, *R.C.A.D.I.*, 1977, IV, Vol. 157, pp. 415 à 484. . (emprunté B.U. cote JZ 403/157.)

GOLDMAN (B.)

- Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence, *R.C.A.D.I.*, 1969, III, Vol. 129, pp. 631 à 730. (VIIa.2.)

GONZÁLEZ CAMPOS (J.D.)

- Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, Cours général, *R.C.A.D.I.*, 2000, Vol. 287, pp. 9 à 426. (emprunté B.U. cote JZ 403/287.)

GRIGERA NAÓN (H.A.)

- Choice-of-law problems in international arbitration, *R.C.A.D.I.*, 2001, II, Vol. 289, pp. 149 à 248.

HAMEL (J.)

- les formes internationales des crédits bancaires, *R.C.A.D.I.*, 1935, I, pp. 201 à 285.

JACQUET (J.M.)

- La fonction supranationale de la règle de conflit de lois, *R.C.A.D.I.*, 2001, V, Vol. 292, pp. 9 à 396.

JAYME (E.)

- Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation, *R.C.A.D.I.*, 2000, II, Vol. 282, pp. 9 à 40. (VIIa.3.)

KAHN-FREUND (O.)

- Delictual liability and the conflict of laws, *R.C.A.D.I.*, 1968, II, Vol. 124, pp. 1 à 166, spécialement pp. 36 à 62.

KUHN (A.K.)

- Les effets de commerce en droit international, *R.C.A.D.I.*, 1925, III, Vol. 8, pp. 125 à 202. (VIIa.7.)

LAGARDE (P.)

- Le principe de proximité en droit international privé contemporain – cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1986, I, Vol. 196, pp. 9 à 238.

LALIVE (P.)

- Tendances et méthodes en droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1977, II, pp. 1 à 424. (emprunté B.U. cote JZ 403/155.)

LEWALD (H.)

- Le contrôle des cours suprêmes sur l'application des lois étrangères (étude de jurisprudence comparée), *R.C.A.D.I.*, 1936, III, pp. 205 à 324. (emprunté B.U. cote JZ 403/57.)

LOUSSOUARN (Y.É.)

- Cours général de Droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1973, II, Vol. 139, pp. 269 à 386. (VII.4.)
- La condition des personnes morales en droit international privé, *R.C.A.D.I.* 1959, I, Vol. 96, pp. 443 à 552. (VII.2.)

MAJONE (G.)

- Law and society, The European Community as a Regulatory State, *C.C.A.E.L.*, 1996, Vol. V-1, pp. 321 à 419.

NOEL (É.)

- Après Maastricht : Une relance de l'Europe, Conférence inaugurale, *C.C.A.E.L.*, 1995, Vol. IV-1, pp. 1 à 14.

PELLET (A.)

- Les fondements internationaux du droit communautaire, *C.C.A.E.L.*, 1997, Vol. V-2, pp. 193 à 271.

PICONE (P.)

- Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1999, I, Vol. 276, pp.9 à 296. (VII.8.)

PILLET (A.)

- La théorie générale des droits acquis, *R.C.A.D.I.*, 1925, III, Vol. 8, pp. 485 à 538. (VIIa.8.)
- Théorie continentale des conflits de lois, *R.C.A.D.I.*, 1924, I, Vol. 2, pp. 447 à 484. (VIIa.5.)

RIGAUX (F.)

- Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, cours général de droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1989, I, Vol. 213, pp. 9 à 408.

SPERDUTI (G.)

- Théorie du droit international privé, *R.C.A.D.I.*, 1967, III, pp. 173 à 336. (emprunté B.U. cote JZ 403/122.)

TRIEPEL (H.)

- Les rapports entre le droit interne et le droit international, *R.C.A.D.I.*, 1923, Vol. 1, pp. 73 à 122. (VIIa.4.)

VAN HECKE (G.)

- Principes et méthodes de solutions des conflits de lois, *R.C.A.D.I.*, 1969, I, pp. 399 à 569.

VASSEUR (M.)

- Les transferts internationaux de fonds, la loi type des Nations Unies sur les virements internationaux, les cartes de débit, *R.C.A.D.I.*, 1993, II, Vol. 239, pp. 117 à 406. (VII.1.)

VERWILGHEN (M.)

- Conflits de nationalité, pluri-nationalité et apatridie, *R.C.A.D.I.*, 1999, II, Vol. 277, pp. 33 à 121. (VIIa.14.1. et 2.)

Répertoires, recueils, dictionnaires et encyclopédies

BONNEAU (T.)

-
- Dict. Joly Communautaire, V° Banque. (II.2.4.)
DERRIDA (F.)
 - *Rep. Dalloz Pénal*, V^{is} Banques et établissements financiers, à jour en 1967.
DINTILHAC (F.)
 - *Rep. Dalloz Communautaire*, V^{is} Rapprochement des législations. (III.1.4.)
FASQUELLE (D.)
 - *Dict. Joly Communautaire*, V^{is} Libertés communautaires et services d'investissement. (II.2.1.)
 - *Dict. Joly Communautaire*, V^{is} services d'investissement. (II.2.3.)
FRANCESCAKIS (Ph.)
 - *Rep. Dalloz Int.*, V° Capacité. (I.1.2.)
 - *Rep. Dalloz Int.*, V^{is} Conflits de lois. (principes généraux). (I.2.3.)
GARDELLA (G.)
 - Dict. Joly Bourse et Produits financiers, V^{is} Démarchage financier. (II.1.12.)
GAVALDA (C.)
 - *Rep. Dalloz Int.*, V^{is} Banque et établissement financier.
 - *Rep. Dalloz Communautaire*, V° Banque. (II.2.17.)
 - *Rep. Dalloz Communautaire*, V° Bourse. (II.2.20.)
GHELFI-TASTEVIN (F.)
 - *Rep. Dalloz Pénal*, V^{is} Banques et établissements financiers, à jour en février 2002.
JACOMET (T.) et LESGUILLIER (G.)
 - *Dict. Joly Sociétés*, V^{is} Relations financières avec l'étranger. (II.2.12.)
KOVAR (R.)
 - *Rep. Dalloz Communautaire*, V° Monopole. (III.1.9.)
LÉGAL (A.) et BRÈTHE DE LA GRESSAYE (J.)
 - *Rep. Dalloz Pénal*, V° Profession, à jour au 31 août 1984.
MAYER (P.)
-

- *Rep. Dalloz Int.*, V^{is} Lois de police. (I.3.4.)
OMARJEE (I.)
- *Rep. Dalloz Communautaire*, V^{is} Régions ultrapériphériques. (III.1.3.)
PARLÉANI (G.)
- *Rep. Dalloz Communautaire*, V^{is} Prestation de services. (II.2.16.)
RIGAUX (A.)
- *Rep. Dalloz Communautaire*, V^{is} Territoire communautaire (III.1.2.)
SADON (P.A.) et GUTH (J.M.)
- *Rep. Dalloz Pénal*, V^o Démarchage, à jour au 1^{er} août 1975.
SIMON (D.)
- *Rep. Dalloz Communautaire*, V^o Directive
TOPOR (L.)
- *Recueil Dalloz Civ.*, V^{is} Etat et capacité des personnes. (I.1.1.)
VALUET (J.P.)
- *Dict. Joly Bourse et Produits financiers*, V^{is} Monopole des prestataires de services d'investissement. (II.1.13.)
VANEL (M.)
- *Rep. Dalloz Civil*, V^{is} Code civil.
VARII AUCTORES
- *Dictionnaire permanent de Droit des affaires*, V^{is} Banque – Opérations de Banque. (II.1.2.1.), (II.1.2.2.), (II.1.2.3.), (XII.2.3.)
- *Dictionnaire permanent de Droit des affaires*, V^{is} Commerce électronique. (XII.2.3.), (XII.6.1.)
- *Dictionnaire permanent de Droit des affaires*, V^o Internet. (III.2.6.)
- *Dictionnaire permanent de Droit des affaires*, V^{is} Marchés réglementés de titres (IX.4.8.)
- *Dictionnaire permanent de Droit des affaires*, V^{is} Services d'investissements. (II.2.8.)
- *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, V^o Banque. (II.2.6.1.), (II.2.6.2.), (IX.6.2.)
- *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, V^{is} commerce électronique.

(III.2.1.)

- *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, V^{is} Droit d'établissement et libre prestation de services. (III.1.1.)
- *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, V^o Monopoles. (II.2.7.)
- *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, V^{is} Services d'investissements. (II.1.3.)
- *Dictionnaire permanent de Droit européen des affaires*, V^{is} Signature électronique. (III.2.2.)
- *Le droit des affaires dans les pays de la C.E.E.*, Allemagne, volume Banque et bourse, collection Jupiter, E.J.A. – L.G.D.J.

Jurisclasseur

ALEXANDRE (D.)

- *Juriscl. Int.*, Fasc. 539-10, Conflits de lois, la loi étrangère devant les tribunaux français, Généralités, Application d'office de la règle de conflit. (I.3.6.1.)
- *Juriscl. Int.*, Fasc. 539-20, Conflits de lois, la loi étrangère devant les tribunaux français, Etablissement du contenu de la loi étrangère. (I.3.6.2.)

ANCEL (M.E.)

- *Juriscl. Banque et crédit*, Fasc. 1010, Opérations de banque intra-communautaires – aspects statutaires.

BÉRAUDO (J.P.)

- *Juriscl. Int.*, Fasc. 631-10, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Généralités. (III.1.10.)
- *Juriscl. Int.*, Fasc. 631-20, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, champs d'application. (III.1.11.)

BLIN (O.)

- *Juriscl. Int.*, Fasc. 130-50, La communauté européenne et l'organisation mondiale du commerce (OMC), droit matériel et institutionnel. (III.1.12.)

BON-GARCIN (I.) et PASUT (M.)

- *Juriscl. Pénal annexes*, Fasc. « Banque » - établissements de crédit et entreprises d'investissement, à jour au 20/01/2002.

BOUTEILLER (P.)

- *Jurisl. Banque et crédit*, Fasc. 735, Surendettement.

BUISSON (F.), MERKIN (C.), SAINT MARS (B. de)

- *Jurisl. Banque et crédit*, Fasc. 1565, Sociétés de Bourse, domaine d'activité. (II.1.9.)

BUISSON (F.), SAINT MARS (B. de)

- *Jurisl. Banque et crédit*, Fasc. 1540, Prestataires de services d'investissements (autres que les sociétés de gestion de portefeuille), typologie, agrément et passeport européen. (II.1.8.)

CARREAU (D.)

- *Jurisl. Europe*, Fasc. 1020, Banques – Introduction, Portée *ratione personae* du droit bancaire communautaire, Accès à l'activité bancaire. (II.2.10.1.)
- *Jurisl. Europe*, Fasc. 1021, Banques – Harmonisation des conditions d'exercice de l'activité bancaire, Mise en œuvre des libertés bancaires communautaires. (II.2.10.2.)
- *Jurisl. Europe*, Fasc. 1022, Banques – Contrôle prudentiel. (II.2.10.3.)
- *Jurisl. Europe*, Fasc. 1023, Banques – Secteur bancaire et droit de la concurrence, Marché unique bancaire : perspectives. (II.2.10.4.)

CARREAU (D.) et BERLIN (D.)

- *Jurisl. Europe*, Fasc. 1030, Bourses et valeurs mobilières – Réalisation d'un marché unique financier. (II.2.18.1.)
- *Jurisl. Europe*, Fasc. 1031, Bourses et valeurs mobilières – Accès au marché financier. (II.2.18.2.)

CUSTOS (D.)

- *Jurisl. Europe*, Fasc. 471, Champ d'application territorial du droit communautaire – Départements d'outre-mer (DOM), Principes du statut communautaire. (III.1.6.)
- *Jurisl. Europe*, Fasc. 472, Champ d'application territorial du droit communautaire – Départements d'outre-mer (DOM), réalité de l'intégration. (III.1.7.)

DECOOPMAN (N.)

- *Jurisl. Banque et crédit*, Fasc. 1520, Conseil des Marchés Financiers. (II.1.7.)

DEHAUSSY (J.) et SALEM (M.)

- *Jurisl. Int.*, Fasc. 12-1, Sources du droit international, Les traités, Effets des traités : force obligatoires des normes conventionnelles à l'égard des parties. (Ibis.3.1.)
- *Jurisl. Int.*, Fasc. 12-2, Sources du droit international, Les traités, Effets des traités : situation juridique des ressortissants des parties au regard des normes

conventionnelles (généralités, application des traités en France). (Ibis.2.1.)

- *Juriscl. Int.*, Fasc. 12-3, Sources du droit international, Les traités, Effets des traités : applicabilité et application des normes conventionnelles dans l'ordre juridique communautaire et dans les principaux systèmes de droit étrangers. (Ibis.2.2.)
- *Juriscl. Int.*, Fasc. 12-4, Sources du droit international, Les traités, interprétation, modalités organiques et formelles de l'interprétation : modalités de caractère international. (Ibis.2.3.)
- *Juriscl. Int.*, Fasc. 12-5, Sources du droit international, Les traités, interprétation, modalités organiques et formelles de l'interprétation : procédés unilatéraux d'interprétation. (Ibis.2.4.)
- *Juriscl. Int.*, Fasc. 12-6, Sources du droit international, Les traités, interprétation, Principes, règles et méthodes applicables à l'interprétation. (Ibis.2.5.)

DERRUPPÉ (J.)

- *Juriscl. Int.*, Fasc. 532-1, Etude théorique du renvoi. (I.4.3.1.)
- *Juriscl. Int.*, Fasc. 532-3, Le renvoi dans les conventions internationales. (I.4.3.3.)

DERRUPPÉ (J.) et AGOSTINI (E.)

- *Juriscl. Int.*, Fasc. 532-2, Le renvoi dans la jurisprudence française. (I.4.3.2.)

DORMOY (D.)

- *Juriscl. Europe*, Fasc. 473, Association des pays et territoires d'outre-mer (PTOM) à la communauté européenne. (III.1.8.)

FERNANDEZ-BOLLO (É.)

- *Juriscl. Banque et crédit*, Fasc. 60, Structures, réglementation et contrôle public des professions bancaires, réglementation et contrôle. (II.1.5.2.)
- Voir également PELTIER (F.)

GRASS (R.) et SOULARD (Ch.)

- *Juriscl. Europe*, Fasc. 460, Droit communautaire et matière pénale.

GUIMEZANES (N.)

- *Juriscl. Civil*, Fasc. 10, Condition des étrangers en France, introduction à l'étude de la condition des étrangers en France. (I.1.6.1.)
- *Juriscl. Civil*, Fasc. 18, Condition des étrangers en France, Droits professionnels, activités commerciales, industrielles et artisanales. (I.1.6.2.)

JACQUET (J.M.)

- *Jurisl. Contrats distribution*, Fasc. 65, Système juridique applicable au contrat. (I.4.4.)

JEANDIDIER (W.)

- *Jurisl. Pénal*, article 111-1, Fasc. Unique, Classification des infractions.

JOBARD-BACHELLIER (M.N.) et GEOUFFRE de la PRADELLE (G. de)

- *Jurisl. Int.*, Fasc. 534-1, Ordre public international, Notions d'ordre public et droit international privé français, conditions d'intervention de l'exception d'ordre public, applicabilité de règles étrangères. (I.3.5.1.)
- *Jurisl. Int.*, Fasc. 534-2, Ordre public international, Conditions d'intervention de l'exception d'ordre public, Affirmation de valeurs intangibles du for. (I.3.5.2.)
- *Jurisl. Int.*, Fasc. 534-3, Ordre public international, La confrontation des règles étrangères et des valeurs du for. (I.3.5.3.)
- *Jurisl. Int.*, Fasc. 534-4, Ordre public international, Conséquences de l'exception d'ordre public, variabilité des manifestations de l'ordre public. (I.3.5.4.)

KOERING-JOULIN (R.) et HUET (A.)

- *Jurisl. Int.*, Fasc. 403-10, Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française, introduction générale, infractions commises en France. (Ibis.3.2.)
- *Jurisl. Int.*, Fasc. 403-20, Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française, infractions commises à l'étranger. (Ibis.3.3.)
- *Jurisl. Int.*, Fasc. 404-20, Effets en France des décisions répressives étrangères, force exécutoire ou exécution. (Ibis.3.4.)

KOVAR (R.)

- *Jurisl. Int.*, Fasc. 161-2, Communauté européenne, Caractères généraux. (III.1.13.)

LABORIER (B.)

- *Jurisl. Entreprise individuelle*, fasc. 812, n° 98 et s. (II.1.4.)

LABOUZ (M.F.)

- *Jurisl. Europe*, Fasc. 2211, Relations avec les pays industrialisés – Union européenne et Etats-Unis.
- *Jurisl. Europe*, Fasc. 2212, Relations avec les pays industrialisés – Union européenne et Canada.

LÉGIER (G.)

- *Jurisl. Int.*, Fasc. 553-1, Sources extra-contractuelles des obligations, détermination de la loi applicable. (.)

LEHMANN (R.)

- *Juriscl. Int.*, Fasc. 531, Les qualifications. (I.4.2.)

LOUIS-LUCAS (P.)

- *Juriscl. Int.*, Fasc. 530-A, Conflits de lois – Théorie générale, Formation historique et principes du système français de solution des conflits de lois. (I.2.5.1.)
- *Juriscl. Int.*, Fasc. 530-B, Conflits de lois – Théorie générale, Formation historique et principes du système français de solution des conflits de lois. (I.2.5.2.)

LUCHAIRE (F.)

- *Juriscl. Civil*, App. Art. 3, Fasc. 1, Application de la loi outre-mer, principes généraux. (I.5.5.1.)

LUCHAIRE (Y.)

- *Juriscl. Civil*, App. Art. 3, Fasc. 4, Application de la loi outre-mer, Etats indépendants, jadis administrés par la France. (I.5.5.4.)

MICLO (F.)

- *Juriscl. Civil*, App. Art. 3, Fasc. 2, Application de la loi outre-mer, Départements d'outre-mer. (I.5.5.1.)
- *Juriscl. Civil*, App. Art. 3, Fasc. 3, Application de la loi outre-mer, Territoires outre-mer. (I.5.5.3.)

NIBOYET (M.L.)

- *Juriscl. Civil*, 2^{ème} App. Art. 1134 et 1135, Fasc. 10, Contrats internationaux, détermination du droit applicable. (II.4.5.1.)
- *Juriscl. Civil*, 2^{ème} App. Art. 1134 et 1135, Fasc. 20, Contrats internationaux, détermination du droit applicable. (II.4.5.2.)
- *Juriscl. Civil*, 2^{ème} App. Art. 1134 et 1135, Fasc. 30, Contrats internationaux, détermination du droit applicable. (II.4.5.3.)
- *Juriscl. Civil*, 2^{ème} App. Art. 1134 et 1135, Fasc. 40, Contrats internationaux, détermination du droit applicable, principes concurrents du principe d'autonomie. (II.4.5.4.)

PELTIER (F.) et FERNANDEZ-BOLLO (E.)

- *Juriscl. Banque et crédit*, Fasc. 50, Structures, réglementation, et contrôle public des professions bancaires, Structures et conditions d'accès. (II.1.5.1.), (II.1.5.1.maj)

RUIZ-FABRI (H.)

- *Juriscl. Int.*, Fasc. 130-10, Organisation Mondiale du Commerce, Droit institutionnel. (.)
- *Juriscl. Int.*, Fasc. 130-15, Organisation Mondiale du Commerce, Panorama du règlement des différends. (.)
- *Juriscl. Int.*, Fasc. 130-20, Organisation Mondiale du Commerce, Droit matériel, Généralités, Marchandises. (II.2.23.)
- *Juriscl. Int.*, Fasc. 130-25, Organisation Mondiale du Commerce, Droit matériel, Services, propriété intellectuelle, investissements, marchés publics, aéronefs. (II.2.24.)

SANDER (É.)

- *Juriscl. Civil*, App. Art. 8 à 10, Fasc. 2, Droit alsacien-mosellan, particularités diverses du droit privé. (I.5.7.)

SANTA CROCE (M.)

- *Juriscl. Civil*, 2^{ème} App. Art. 1134 et 1135, Fasc. 50, Contrats internationaux, domaine de la loi du contrat, introduction, existence du contrat. (II.4.5.5.)
- *Juriscl. Civil*, 2^{ème} App. Art. 1134 et 1135, Fasc. 60, Contrats internationaux, domaine de la loi du contrat, validité du contrat ou d'une clause du contrat. (II.4.5.6.)

SAUNIER (P.)

- *Juriscl. Int.*, Fasc. 135-1, Organisations internationales universelles à compétences monétaire et financière, Le système financier international. (II.2.22.)
- *Juriscl. Int.*, Fasc. 135-3, Organisations internationales universelles à compétences monétaire et financière, Fonds monétaire international. (II.2.21.)

SAURON (J.L.)

- L'élargissement aux pays de l'Europe centrale et orientale, *Juriscl. Europe*, Fasc. 180.

STOUFFLET (J.)

- *Juriscl. Banque et crédit*, Fasc. 120, Banque et opérations de banque en droit international. (II.2.11.1)
- *Juriscl. Int.*, Fasc. 566-30, Bourses et opérations de bourse. (II.2.11.2.)

VALETTE (D.)

- *Juriscl. Banque et crédit*, Fasc. 500, Conventions de crédit, règles communes. (II.1.6.)

WOEHLING (J.M.)

- *Juriscl. Civil*, App. Art. 8 à 10, Fasc. 1, Droit alsacien-mosellan, Principes généraux. (I.5.6.)

ZILLER (J.)

- *Jurisl. Europe*, Fasc. 470, Champ d'application du droit communautaire – application territoriale. (III.1.5.)

Articles, chroniques, communications, et collectifs

ABDELGAWAD (W.)

- Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica*, *R.I.D.E.*, 2001-2, pp. 161 à 196. (VI.a.3.)

ABELS (M.)

- Paying on the net means and associated risks, *R.D.A.I.*, 1998, n° 3, pp. 349 à 356 (article en français et en anglais). (XII.3.6.)

ABI-SAAB (G.)

- Éloge du « droit assourdi », quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain, in *Nouveaux itinéraires en Droit, hommage à François RIGAUX*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 59 à 68. (VI.a.13.)

ADELLE (J.F.)

- La cession Dailly est-elle réservée aux banques communautaires ? *Banque et droit*, n° 89, mai juin 2003, pp. 3 à 5.

AFFAKI (G.)

- L'apport de la convention C.N.U.D.C.I., sur la cession de créances aux opérations de banque, *Banque et droit*, 2003, n° 90, pp. 3 à 36.

ALBERTINI (P.)

- La codification et le Parlement, *A.J.D.A.*, 1997, pp. 660 à 664.

ALIX (T.)

- Voir TRINCKVEL (A.)

ANCEL (M.)

- Rapprochement, unification ou harmonisation des droits ? in *Mélanges Gabriel MARTY*, pp. 1 à 13.

ANCEL (M.É.)

- La fourniture de services bancaires et financiers dans l'Union européenne, *Revue Lamy de droit des affaires*, 2002, n° 53, supplément, pp. 51 à 58.
- La prestation caractéristique du contrat, thèse, Economica – collection recherches juridiques, Paris, 2002.

ARNAUD (C.)

- Voir FERNANDEZ-BOLLO (É.)

ASCENSIO (H.)

- Les activités internationales des banques : liberté ou contrôle ?, *Clunet*, 1993, pp. 255 et s. (VIII.1.4.)

AUBERGER (B.)

- La banque virtuelle, *P.A.*, 1999, n° 14, pp. 6 à 8. (XII.4.3.)

AUBRY (J.)

- De la notion de territorialité, en droit international privé, *Clunet* 1900, pp. 688 à 704, *Clunet* 1901, pp. 253 à 273, et pp. 643 à 671, *Clunet* 1902, pp. 209 à 243. (IV.3.3.1. à 4)

AUCKENTHALER (F.)

- Obligations d'intermédiation et de concentration sur instruments financiers admis aux négociations d'un marché réglementé, *J.C.P. éd. E*, 1998, Comm. pp. 1914 à 1921. (IX.2.17.)

AUDIT (B.)

- Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc Sibérien, *R.C.D.I.P.*, 1983, pp. 401 à 434. (V.3.3.)
- Flux et reflux de la crise des conflits de lois, *T.C.F.D.I.P.*, 1985, journées du cinquantenaire, pp. 59 à 75. (IV.6.4.)
- Le droit international privé à la fin du XX^{ème} siècle : progrès ou recul, *R.I.D.C.*, 2-1998, pp. 421 à 448. (V.6.5.)
- Le second « restatement » du conflit de lois aux Etats-Unis, *T.C.F.D.I.P.*, 1978, pp. 29 à 57. (IV.4.11.)
- Qualification et droit international privé, *Droits*, 1993, n° 18, pp. 55 à 65. (V.6.6.)

BAPTISTA (L.O.)

- Continuité et innovation : le système de règlement des différends du Mercosul, in

Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 335 à 364.

BARRIÈRE-BROUSSE (I.)

- Guerre commerciale et mondialisation : le cas des lois extraterritoriales, *D. & P.*, n° 82, mai 2000, pp. 38 à 50. (V.3.1.)
- La création normative des Etats – Point de vue privatiste, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 133 à 148.

BART (J.)

- La *lex mercatoria* au moyen âge : mythe ou réalité ? in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 9 à 22.

BATIFFOL (H.)

- Contribution de la juridiction internationale au droit international privé, in *Mélanges offerts à Charles ROUSSEAU*, Pédone, Paris, 1974, pp. 17 et s. (IV.4.13.)
- Crédit et conflits de lois, in *Etudes offertes à Roger HOUIN, Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, pp. 233 à 240.
- La capacité du commerçant étranger en France, *partie*, 1935, pp. 132 à 168. (V.1.1.)
- La loi appropriée au contrat, in *Droit des relations économiques internationales, Mélanges GOLDMAN*, Litec, Paris, 1982, pp. 2 et s. (V.6.10.)
- Le rôle de la volonté en droit international privé, *Archives de philosophie du droit*, 1957, pp. 71 à 86. (VI.3.10.)
- L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'ouest, *Clunet* 1973, pp. 22 et s. (IV.6.7.)
- L'œuvre constructive récente de la jurisprudence française en droit international privé, *Mélanges offerts à René SAVATIER*, Dalloz, Paris, 1965, pp. 77 et s. (IV.6.8.)
- Points de contact entre le droit international public et le droit international privé, *Mélanges Yanguas MESSIA*, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1972, pp. 77 et s. (IV.6.6.)
- The objectives of private international law, *the American Journal of Comparative Law*, vol. 15, 1966/1967, pp. 159 et s. (IV.6.5.)

BATIFFOL (H.) et FRANCESCAKIS (P.)

- L'arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé, *R.C.D.I.P.*, 1959, pp. 259 à 276. (IV.4.3.)

BAZEX (M.)

- L'affirmation de compétence extraterritoriale des communautés européennes, in « L'application extraterritoriale du droit économique, troisième journée d'actualité internationale, 23 avril 1986 », *Cahier du Centre de droit international de Nanterre (C.E.D.I.N.)*, n° 3, pp. 51 à 68. (VI.2.4.3.)

BELLIN (J.L.)

- Le marteau pris dans la toile..., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Bulletin d'actualité juin 2000, n° 126, pp. 6 à 14. (XII.6.3.)

BELLIS (J.F.)

- La politique de la concurrence et l'organisation mondiale du commerce, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 737 à 764.

BENSOUSSAN (A.)

- Signature électronique et preuve : évolution ou révolution ?, in « le droit des affaires au XXI^{ème} siècle », colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, 2001, n° 1, pp. 43 à 54. (IX.5.5.4.)

BERGÉ (J.S.)

- Droit d'auteur, conflits de lois et réseaux numériques : rétrospective et prospective, *R.C.D.I.P.* 2000, pp. 357 à 397. (V.6.2.)
- Droit de l'Internet : approches européennes et internationales – la mise en œuvre des droits sur l'Internet – comment résoudre les conflits transnationaux ? – Rapport sur le thème de la résolution des conflits de lois, Colloque Assemblée Nationale – Université de Paris I – ARPEJE, 19 et 20 novembre 2001, http://droit-internet-2001.univ-Paris1.fr/pdf/vf/Berge_Js.pdf.

BERGER (N.) et MERGELINA (M.A.)

- Un nouveau système de régulation communautaire des marchés de valeurs mobilières dans l'Union européenne, *R.M.C.U.E.*, 2001, pp. 529 à 535.

BERNARDEAU (L.)

- Droit communautaire et lois de police à la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar, Aff. C-381/98, *JCP éd. G*, 2001, I, 328, pp. 1158 à 1162. (VI.3.8.)
- Droit international privé et services financiers de détail – 1^{ère} partie : les conflits de

juridictions, *Euredia*, 2001-2002/2, pp. 313 à 364.

BERR (C.J.)

- L'influence de la construction européenne sur l'évolution contemporaine du droit privé français, in *Etudes de droit des communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri TEITGEN*, éd. A. Pédone, Paris, 1984, pp. 1 à 21.

BERROD (F.)

- La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords O.M.C : essai de régulation de la mondialisation, *R.T.D.Eur.*, 2000, pp. 419 à 450.

BERTRAN de BALANDA (J.)

- Crédits consortiaux : quelles règles du jeu ?, *J.C.P. éd. E.*, 1994, I, 409 et 412. (IX.3.11.)

BERTREL (J.P.)

- La lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, *D. & P.*, n° 86, octobre 2000, pp. 24 à 32. (VIII.1.7.)

BÉZARD (P.)

- La mondialisation et les marchés financiers, in « le droit des affaires au XXI^{ème} siècle », colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, 2001, n° 1, pp. 163 à 185. (IX.5.5.13.)
- La mondialisation, la crise des marchés financiers et l'évolution de la réglementation applicable aux sociétés, in *Mélanges en l'honneur de Yves GUYON, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 83 à 113.
- Le nouveau marché boursier européen – application de la directive services d'investissements, *P.A.*, 1996, n° 5, pp. 2 et s.
- Voir THÉODORE (J.F.), MARINI (P.), KESSLER (D.), ZASS (M.), FÈVRE (J.P.), SCHOEN (T.), LA MARTINIÈRE (G. de)

BIANCARELLI (J.)

- L'intérêt général et le droit applicable aux contrats financiers, *Banque*, 1992, pp. 1090.

BIEBER (R.)

- Quelques remarques à l'occasion de l'entrée en vigueur des accords bilatéraux Suisse-CE, in *Mélanges en l'honneur de Bernard DUTOIT*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Librairie Droz, Genève, 2002, pp. 13 à 20.

BLAISE (J.B.)

- Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la communauté européenne, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 585 à 598.

BLANDIN (X.)

- Privatisations et banques d'affaires, *R.E.F.*, 1998, n° 50, pp. 225 à 232. (IX.2.22.)

BLANLUET (G.)

- La monnaie électronique, définition – nature juridique, *R.D.B.F.*, 2001, pp. 128 à 136. (XII.3.8.)

BLOCH (P.)

- La loi n° 92-665 du 16 juillet 1992 portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit, *J.C.P. éd. E.*, 1992, Chroniques, n° 175, pp. 437 à 441.

BOLARD (G.)

- Les tribulations de la loi étrangère devant le juge français, in *Mélanges en l'honneur de André PONSARD, la Cour de Cassation, l'Université et le droit*, Litec, Paris, 2003, pp. 103 à 114.

BOLMIN (M.), BOUILLET-CORDONNIER (G.), et MEDJAD (K.)

- Harmonisation et droit des affaires dans la zone franc, *Clunet*, 1994, pp. 375 à 392. (VI.5.6.)

BON-GARÇIN (I.)

- La Banque de France de 1800 à nos jours, *P.A.*, 20 juin 1994, n° 73, pp. 4 à 7. (IX.1.4.)

BONNEAU (T.)

- Brèves observations sur le nouveau Code monétaire et financier, *Bull. Joly Bourse*, 2001, n° 1, pp. 1 à 6.
- De la nécessaire publication des décisions individuelles prises par le C.E.C.E.I, *R.D.B.F.*, 2000, n° 1, pp. 3 à 5. (IX.4.7.)
- De l'adaptation des contrats bancaires et financiers types étrangers au droit français, *R.D.B.F.*, 2001, n° 1, pp. 3 à 4. (VIII.5.4.)
- De quelques apports de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la

sécurité financière au droit régissant le secteur financier, *J.C.P. éd. E.*, 1999, pp.1378 et s. (IX.2.15.)

- Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, *J.C.P. éd. E.*, 2002, pp.118 à 125. (VIII.4.7.)

BORNET (J.P.)

- Voir VAUPLANE (H. de)

BORNET (J.P.) et SAINT-MARS (B. de)

- Le service de règlement différé ou comment, sans le flacon, conserver l'ivresse du règlement mensuel, *R.D.B.F.*, 2002, pp. 46 à 50. (IX.3.16.)

BOUCOBZA (X.)

- La loi applicable à l'offre publique d'acquisition, *Bull. Joly Bourse*, 1999, n° 1, § 2, pp. 3 à 21.

BOUILLET-CORDONNIER (G.)

- Voir BOLMIN (M.)

BOULOC (B.)

- La réforme de l'usure, *R.D.B.F.*, 2003, pp. 387 à 389.
- La responsabilité en matière de gestion de titres, in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, Paris 1999, pp. 437 à 447.
- Le principe de la spécialité en droit pénal international, in *Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX*, Université de Paris Val de Marne – Université de Paris II, Litec, Paris, 1990, pp. 7 à 24.
- L'influence du droit communautaire sur le droit pénal, in *Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR, droit pénal – droit européen*, Gazette du Palais-Litec, Paris, 1992, pp. 103 à 120.

BOURGOIGNIE (Th.), DOMONT-NAERT (F.) et VAN HUFFEL (M.)

- Litiges de consommation, publication de l'Université Catholique de Louvain, 1997, http://www.belspo.be/belspo/ostc/act_scienc/fedra/res/pc14_fr.htm.

BOURRINET (J.)

- Quelle place pour l'euro dans l'ordre monétaire international de demain ? in *Au carrefour des droits – Mélanges en l'honneur de Louis DUBOIS*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 651 à 660.

BOUTEILLER (P.)

- Le nouveau dispositif relatif au démarchage bancaire et financier (2^{ème} partie), *Lamy droit du financement*, Bulletin n° 147, décembre 2003, pp. 1 à 8.

BOUZAT (P.)

- Chronique de législation et de jurisprudence française, *R.T.D.Com.*, 1985, pp. 189 à 192. (VIII.3.3.)

BOUZAT (P.) et BREDIN (J.D.)

- Rapport au VIII^{ème} Congrès international de droit pénal, *R.I.D.P.*, 1960, pp. 496 à 514.

BOY (L.)

- Normes, *R.I.D.E.*, 1998-2, pp. 115 à 146. (VI.a.9.)

BRAIBANT (G.)

- Actualité de la codification, *A.J.D.A.*, 1997, pp. 639 à 646.
- La problématique de la codification, *R.F.A.P.*, 1997, pp. 165 à 176.
- Utilité et difficultés de la codification, *Droits*, 1996, n° 24, pp. 61 à 72.

BRAUN (A.)

- La renaissance du principe de territorialité du droit de marque dans le droit communautaire, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 777 à 796.

BREDIN (J.D.)

- A la recherche de l'*aequitas mercatoria*, in *l'internationalisation du droit, Mélanges Yvon LOUSSOUARN*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 109 à 118. (VI.a.1.)
- La loi du juge, in *Droit des relations économiques internationales, Mélanges GOLDMAN*, Litec, Paris, 1982, pp. 15 à 27. (VI.6.8.)
- Voir également BOUZAT (P.)

BRITTAN (Sir L.)

- Organisation Mondiale du Commerce, la mondialisation, le développement et le « Cycle du Millénaire », *Gaz. Pal.*, Recueil juillet/août 2000, pp. 1218 à 1227. (XII.5.1.)

BROCHER (C.)

- Des bases théoriques du droit international privé, *Clunet*, 1878, pp. 225 à 235. (IV.6.12.2.)

- Étude sur les principes généraux consacrés par le Code civil français comme bases du droit international privé, *Clunet*, 1881, pp. 5 à 19. (IV.6.11.)

BROUWER (F. de) et MARTY (C.)

- La communication de la Commission européenne en matière de commerce électronique et de services financiers – Vers un véritable marché intérieur des services financiers ?, *Banque et Droit*, n° 76, mars/avril 2001, pp. 8 à 21.

BRUYNEEL (A.)

- Observations sur le statut légal et le contrôle des établissements de crédit en Belgique, in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand - L.G.D.J., Clermont-Ferrand, 2001, pp. 1 à 24.
- Opérations de Banque et droit de la consommation (quelques réflexions en fin de siècle), in *Mélanges offerts à Pierre VAN OMMESLAGHE*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 343 à 375.

BUIS (G.)

- Aspects internationaux du droit de la publicité et des promotions sur Internet, *J.C.P.*, éd. E., 2000, pp. 1846 à 1852. (XII.5.9.)

BURDEAU (G.)

- L'euro et l'évolution du droit international monétaire, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 473 à 489.
- Le F.M.I. et la surveillance de l'espace monétaire et financier mondial, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 261 à 275.

BUREAU (D.)

- L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz P.U.F. éd. du Jurisclasseur, Paris, 1999, pp. 285 à 305. (IV.2.3.)
- Le nouveau code de commerce ? Une mystification, *D.*, 2000, doctrine, pp. 361 à 369. (IX.2.9.)

BUSSIÈRE (F.)

- Chronique de gestion collective, *Banque et droit*, 2003, n° 90, pp. 51 et 52.

BYSTRICKY (R.)

- Rapport de thèse de SCHWANDER (I.), *R.C.D.I.P.*, 1977, pp. 251 à 254. (VI.3.9.)

CABRILLAC (M.) et TEYSSIÉ (B.)

- Chronique de législation et de jurisprudence française, *R.T.D.Com.*, 1984, pp. 307 à 313. (VIII.3.2.)
- Chronique de législation et de jurisprudence française, *R.T.D.Com.*, 1986, pp. 274 à 275. (VIII.3.4.)

CAMPANA (M.J.)

- Rapport introductif, in « le droit des affaires au XXI^{ème} siècle », colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, 2001, n° 1, pp. 11 à 15. (IX.5.5.1.)

CAPRIOLI (É.)

- Aperçus sur le droit du commerce électronique (international), in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 247 à 280.
- Ecrit et preuve électroniques dans la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, *Cah. Dr. Ent.*, 2000, n° 2, pp. 1 à 11. (XII.2.9.)

CAPRIOLI (É.) et SORIEUL (R.)

- Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales, *Clunet*, 1997, pp. 323 à 401. (XII.4.11.)

CARADET (B.) et HERBET (J.)

- Marchés de capitaux et marchés financiers, *R.D.A.I.*, 2001, pp. 217 à 223 ; (IX.3.5.)*R.D.A.I.*, 2003, pp. 90 à 95.

CARAMALLI (D.)

- Détermination et portée du droit applicable à une émission d'obligations par une société française à l'étranger, *Banque et droit*, n° 84, juillet août 2002, pp. 3 à 7.

CARREAU (D.)

- La souveraineté monétaire de l'Etat à la fin du 20^{ème} siècle : mythe ou réalité ? in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur

le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 491 à 506.

CARTER (P.B.)

- Choice of law : Methodology or Mythology, in *Etudes de droit international privé en l'honneur de Pierre LALIVE*, Bâle-Francfort, éd. Helbing et Lichtenhahn, 1993, pp. 11 à 19. (V.2.2.)

CATALA (P.)

- Ecriture électronique et actes juridiques, in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, Paris 1999, pp. 91 à 104. (XII.4.14.)

CATTA (E.)

- Les techniques de codification : de la cire au silicium, *A.J.D.A.*, 1997, pp. 647 à 654.

CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ

- *L'Europe des moyens de paiement à l'heure de l'euro et de l'Internet*, Colloque du 26 novembre 1999, Société de Législation Comparée, Paris, 2000.

CHAMBOREDON (A.)

- La « texture ouverte » d'un code européen du droit des contrats, *Clunet*, 2001, pp. 5 à 46. (XIII.5.13.)

CHAMOUX (J.P.)

- Internet : vers une véritable information sans frontière ? in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 281 à 297.

CHARBONNEAU (C.)

- Voir PANSIER (F.J.)

CHAUVE (Ph.)

- La dimension internationale : que fait l'Union européenne à l'O.M.C, à l'O.C.D.E.... ?, *P.A.*, 2002, pp. 41 et s.

CHEMILLIER-GENDREAU (M.) et MOULIER-BOUTANG (Y.) (sous les directions de)

- *Le droit dans la mondialisation, une perspective critique*, actes du congrès Marx International II, coll. Marx confrontation, PUF, Paris, 2001. (VI.6.14.1. à 5.)

CHÉROT (J.Y.)

- L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire, *P.A.*, 2002, n° 110, pp. 17 à 25. (XIII.1.14.)

CLAROTTI (P.)

- La coordination des législations bancaires, *R.M.C.*, 1982, pp. 68 à 88.

CLAUZEL (P.)

- Les règles de fonctionnement du marché unique des services d'investissement dans l'Union Européenne, in Dossier « le nouveau marché boursier européen au 1^{er} janvier 1996 », *P.A.*, 1996, n° 5, pp. 38 et s. (XIII.4.6.)

COLLAS (P.)

- Souveraineté des Etats et entreprises supranationales, *R.R.J.*, 1993-II, pp. 511 à 530. (V.6.1.)

CONSTANTINESCO (V.)

- La Cour de Justice des Communautés Européennes et le droit international », in le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – méthode d'analyse du droit international, Mélanges offerts à Charles CHAUMONT, 1984, Paris, Pédone, pp. 207 à 222.

COSNARD (M.)

- La création normative des Etats – Point de vue publiciste, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 149 à 172.

COSTES (L.)

- Une meilleure articulation européenne entre commerce électronique et services financiers souhaitée par la Commission, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Bulletin d'actualité n° 135, avril 2001, pp. 1 à 5.

COSTES (L.) et RIBEYRE (M.A.)

- Une meilleure articulation européenne entre commerce électronique et services financiers, *Lamy droit du financement*, Bulletin d'actualité n° 118, avril 2001, pp. 1 à 6. (XII.5.12.)

COUPÉ (B.) et PLEYERS (M.)

- 2025 : la banque citoyenne, *Banque magazine*, janvier 2000, pp. 32 à 35. (IX.2.4.)

COURBE (P.)

- Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux, in *Etudes offertes à Barthélemy MERCADAL*, éd. Francis LEFEBVRE, Levallois-Perret, 2002, pp. 99 à 115.

COURET (A.)

- Actionnaires non résidents et détention de titres sur des places étrangères : la question de l'identification de l'actionnaire réel, in Dossier « les instruments financiers : dernières évolutions, *D. et P.*, 2000, pp. 103 à 105. (IX.3.12.)
- Le régime des offres publiques issu de la loi sur les nouvelles régulations économiques, *D.*, 2001, Doctrine, pp. 1778 à 1788. (IX.2.14.)
- Les marchés de capitaux et l'euro, *R.I.D.E.*, 1998-3, pp. 295 à 312. (XIII.1.12.)

COUSIN (A.)

- Les règles de droit international privé et la responsabilité délictuelle sur Internet, *Gaz. Pal.*, 15-19 avril 1999, pp. 34 à 36. (XII.5.18.)

COUSTON (M.)

- La multiplication des juridictions internationales, sens et dynamiques, *Clunet*, 2002, pp. 5 à 53. (V.6.15.)

CRABIT (E.)

- La politique juridique du marché intérieur dans le domaine de la société de l'information, *P.A.*, 21 février 2002, n° 38, pp. 27 à 35.

CRÉDOT (F.J.)

- La nouvelle loi bancaire : commentaire de la loi n° 84-46 du 24 juillet 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, *A.L.D.*, 1984, pp. 65 et s. (VIII.3.7.)

CRÉDOT (F.J.) et GERARD (Y.)

- Actualité – droit et techniques bancaires, *R.D.B.B.*, septembre/octobre 1992, pp. 201 à 205.

CUTAJAR (C.)

- De l'E.U.R.L. à la S.A.S.U. ou du *big bang* à la transfiguration du concept de société par l'unipersonnalité, *P.A.*, 15 septembre 2000, n° 185, pp. 48 à 54.

DABIN (L.)

- La dématérialisation et la circulation scripturale des valeurs mobilières dans le cadre des marchés financiers, *R.I.D.E.*, 1997-3, pp. 291 à 317. (XI.17.)

DA CRUZ VILACA (J.L.)

- An exercise on the application of Keck and Mithouard in the field of free provision of services, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 797 à 816.

DAIGRE (J.J.)

- Euronext : en route vers le futur ! *R.D.B.F.*, 2001, pp. 65 à 67. (XIII.4.19.)
- La fin des « bourses », *R.D.B.F.*, 2003, pp. 83 à 85.
- Le projet de « nouvelles régulations économiques » en matière financière, *R.D.B.F.*, 2000, pp. 67 à 69. (IX.2.11.)
- Les A.T.S., in *Mélanges A.E.D.B.F. III*, Banque éditeur, Paris, 2001, pp. 425 à 437.
- Les nouvelles règles de marché, *R.D.B.F.*, 2001, pp. 213 à 216. (VI.a.15.)
- Loi du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations économiques – aspects de droit financier et de droit des sociétés, *J.C.P. éd. E.*, 2001, pp. 965 à 967, 1013 à 1014, 1061 à 1063. (IX.2.12.)
- Pour une conception « stroboscopique » de la compétence des autorités de régulation, *R.D.B.F.*, 2000, pp. 215 à 216. (IX.4.2.)
- Rapport de synthèse, in « le droit des affaires au XXI^{ème} siècle », colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, 2001, n° 1, pp. 225 à 231. (IX.5.5.16.)
- Une nouvelle source du droit, le communiqué ? A propos d'un communiqué de la C.O.B du 4 mai 1999, *J.C.P. éd. E.*, 1999, pp. 1261 à 1262. (IX.2.16.)
- Y a-t-il un espace en France pour les systèmes électroniques privés de négociation ? *R.D.B.F.*, 2001, pp. 335 à 337. (XII.4.16.)
- Voir également VAUPLANE (H. de)

DALLE NOGARÉ (F.)

- La nouvelle approche, l'harmonisation technique et la protection des consommateurs, *R.I.D.E.*, 1991-1, pp. 61 à 80. (XIII.5.16.)

DAS MERCES (G.)

- La refonte de la directive sur les services d'investissement, *Lamy droit du financement*, Bull. n° 138, février 2003, pp. 1 à 4.

DE NOVA (R.)

- Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application, in *Mélanges MAURY*, Dalloz-Sirey, 1960, pp. 377 et s. (V.4.4.)

DEBANDE (O.) et SIMONIS (D.)

- Les enjeux de la nouvelle politique communautaire en matière de crédits à l'exportation : concurrence ou coordination, *R.I.D.E.*, 1995-3, pp. 425 à 442. (XIII.1.8.)

DEBARD (T.), SCHMIDT (J.), NABHAN (V.) et TURP (D.) (Sous les directions de)

- *La régulation juridique des espaces économiques : interactions G.A.T.T./O.M.C, Union européenne, Alsace-Moselle*, 29 novembre-2 décembre 1994, colloque co-organisé par le Centre de Documentation et de Recherches Européennes de l'Université Jean Moulin Lyon III et l'Institut Jean Monnet, Coll. Les chemins de la recherche, Programme Rhône-Alpes, 1996.

DEFALQUE (L.)

- La protection du consommateur européen en matière de publicité et la réalisation du marché intérieur, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 817 à 841.

DEHARBE (D.)

- Les solutions Koné et Acquarone : un « coup d'arrêt » à la réception du droit international par le juge administratif ?, *P.A.*, 1998, n° 94, pp. 13 à 23. (VI.6.5.)

DELMAS-MARTY (M.)

- L'ébauche d'un droit pénal économique européen : de la convention interétatique au *corpus juris* supraétatique, in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, éd. Frison-Roche, Toulouse, 1999, pp. 121 à 138.
- La pénalisation internationale des activités économiques : un espace à géométrie variable, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 401 à 414.

DELMAS SAINT-HILAIRE (J.P.)

- Les principes de la légalité des délits et des peines – Réflexions sur la notion de légalité en droit pénal, in *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre BOUZAT*, Paris, Pédone, 1980, pp. 149 à 165.

DEMARET (P.)

- Les affirmations de compétence extraterritoriale des Etats-Unis, in « L'application extraterritoriale du droit économique, troisième journée d'actualité internationale, 23 avril 1986 », *Cahier du Centre de droit international de Nanterre (C.E.D.I.N.)*, n° 3, pp. 41 à 50. (VI.2.4.2.)

DENTON (R.)

- L'O.M.C et le commerce électronique, *Gaz. Pal.*, 1^{er}-2 juin 2001, n° international, Doctr., p. 61. (XII.5.20.)

DERAINS (Y.)

- Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale, in *Droit des relations économiques internationales, Mélanges GOLDMAN*, Litec, Paris, 1982, pp. 29 et s. (V.4.1.)

DESBIOLLES (J.P.)

- Voir MICHAUD (É.)

DESCHANEL (J.P.) et FERNANDEZ-BOLLO (É.)

- L'adaptation du droit bancaire français au marché unique européen, *D.*, 1993, chronique, pp. 125 à 129. (XIII.4.13.)
- Le contrôle et la sécurité de l'épargne dans la loi bancaire de 1984, revue et amendée par les lois des 2 juillet 1996, dite de modernisation des activités financières et 25 juin 1999 sur l'épargne et la sécurité financière, in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Presses Universitaire de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand - L.G.D.J., Clermont-Ferrand, 2001, pp. 69 à 94.

DESCHANEL (J.P.), et STOUFFLET (J.)

- Vers un statut bancaire européen, *Banque et Droit*, n° 17, 1991, pp. 83 à 98. (XIII.4.4.)

DEVÈZE (J.)

- A propos de la réforme du droit de la preuve : observations tirées du droit des instruments de paiement, in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, Paris 1999, pp. 449 à 467. (XII.2.17.)

DOMONT-NAERT (F.)

- Voir BOURGOIGNIE (Th.).

DOUCET (J.P.)

- la loi applicable à l'action civile, in *Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR, droit pénal – droit européen*, Gazette du Palais-Litec, Paris, 1992, pp. 103 à 120, spécialement pp. 89 à 99.

DOUCHY-OUDOT (M.)

- Le procès civil et les affaires transfrontalières : vers un espace judiciaire européen, in *Mélanges Pierre JULIEN, la justice civile au vingt et unième siècle*, Edilaix, Aix en

Provence, 2003, pp. 161 à 181.

DUCOULOUX-FAVARD (C.)

- Où confine le marché boursier ?, in Dossier « le nouveau marché boursier au 1^{er} janvier 1996 », *P.A.*, 1996, n° 5, pp. 52 et s. (XIII.4.7.)

DUFOUR (O.)

- C.O.B : 2001, une année de réformes et de coopération internationale, *P.A.*, 2002, n° 121, pp. 3 à 6. (IX.4.10.)
- Gare au *law shopping*, *P.A.*, 19 novembre 2003, n° 231, pp. 3 à 4.

DUMEZ (H.) et JEUNEMAÎTRE (A.)

- Les institutions de la régulation des marchés : étude de quelques modèles de référence, *R.I.D.E.*, 1999-1, pp. 11 à 30. (VI.a.8.)

DUPRAT (J.P)

- Entrée en vigueur de la loi bancaire, *J.C.P. éd. E.*, 1984, II, 13622, pp. 70 à 77. (VIII.3.1.)
- L'indépendance de la Banque de France : aspects constitutionnels et européens, *P.A.*, 20 avril 1994, n° 47, pp. 4 à 10 et 25 avril 1994, n° 49, pp. 4 à 11. (IX.1.5.)

DUPUIS-TOUBOL (F.)

- Commerce électronique : comment en apporter la preuve ?, *R.D.A.I.*, 1998, n° 3, pp. 329 à 347 (article en français et en anglais). (XII.2.13.)
- Voir également TONNELIER (M.H.)

DURUT (H.)

- Des paiements internationaux en ligne, *Banque magazine*, septembre 1999, n° 606, pp. 48 à 49. (XII.3.7.)

DUTHEIL de la ROCHERE (J.)

- Mondialisation et régionalisation, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 435 à 453.

DUTOIT (B.)

- Le nouveau droit international privé suisse des contrats à l'aune de la Convention (CEE) de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, in *Etudes de droit international privé en l'honneur de Pierre LALIVE*, Bâle- Francfort, éd. Helbing et Lichtenhahn, 1993, pp. 31 à 47. (V.2.3.)

DUTRY (J.)

- Voir SERVAIS (D.)

EBENROTH (C.T.)

- Conventions internationales concurrentes et internationalisation de l'économie, *R.I.D.E.*, 1988-3, pp. 265 à 301. (V.2.1.)

ELHOUEISS (J.L.)

- L'élément d'extranéité préalable en droit international privé, *Clunet*, 2003, pp. 39 à 85.

ENGEL (P.)

- De l'eurolex à l'eurocontrat, ou les rêves et les cauchemars de la Belle au bois dormant, in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 295 à 299. (XIII.5.18.)

ESPAGNON (M.)

- Le paiement d'une somme d'argent par Internet : évolution ou révolution du droit des moyens de paiement ?, *J.C.P.*, éd. G., 1999, pp. 787 à 794. (XII.3.3.)

FADLALLAH (I.)

- Point de vue sur l'affaire Péchiney, la localisation du délit d'initié, *R.C.D.I.P.*, 1996, pp. 621 à 637. (V.5.5.)

FALAISE (M.)

- Réflexions sur l'avenir du contrat de commerce électronique, *P.A.*, 1998, n° 94, pp. 4 à 12. (XII.1.4.)

FALLON (M.)

- Note sous C.J.C.E., 23 novembre 1999, J.C. Alsace-Moselle, Alsace-Moselle & fils SARL, B et S Leloup et Sofrage SARL, *R.C.D.I.P.*, 2000, pp. 710 à 737. (XIX.2.7.)
- Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé, in *Nouveaux itinéraires en Droit, hommage à François RIGAUX*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 187 à 221. (XIII.1.11.)

FALLON (M.) et LAGARDE (P.)

- Groupe européen de droit international privé, Commentaire consolidé des propositions de modification des articles 3, 5, 6, 7 et 9 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et de l'article 15 du règlement 44/2001/CE (règlement Bruxelles I),

<http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-documents-11ccf.html>

FALQUE-PIERROTIN (I.)

- Rapport du Conseil d'État : « Internet et les réseaux numériques », *P.A.*, 1998, n° 108, pp. 3 à 10. (XII.6.6.2.)

FARJAT (G.)

- Les pouvoirs privés économiques, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 613 à 661.
- Réflexions sur les codes de conduite privés, in *Droit des relations économiques internationales, Mélanges GOLDMAN*, Litec, Paris, 1982, pp. 47 à 66.

FAUVARQUE (A.)

- Les ogres de Wall Street attaquent l'Europe, *Valeurs actuelles*, 2 juin 2000, pp. 58 à 61. (IX.2.7.)

FÉRAL-SCHUHL (C.)

- Batailles juridiques autour d'Internet, in *Encyclopaedia Universalis*, Universalis 1997, pp. 176 à 178. (XII.5.21.)

FERNANDEZ-BOLLO (É.)

- Voir DESCHANEL (J.P.)

FERNANDEZ-BOLLO (É.) et ARNAUD (C.)

- Autorités de surveillance, échanges d'informations et coopération internationale, *R.D.B.F.*, 2000, pp. 103 à 105. (XIII.6.4.)
- Création d'Euronext, in « Chronique de droit bancaire européen et international », *R.D.B.F.*, 2001, pp. 110 à 111. (VIII.6.5.)

FERRARI (F.)

- Les rapports entre les conventions de droit matériel uniforme en matière contractuelle et la nécessité d'une interprétation interconventionnelle, *Clunet*, 2003, pp. 791 à 809.

FERRY (C.)

- Contrat international d'agent commercial et lois de police, *Clunet*, 1993, pp. 299 à 307. (IV.4.5.)

FÈVRE (J.P.)

- Les objectifs et les solutions de la directive 93-22/C.E.E., *P.A.*, 1996, n° 5, pp. 12 et s.
- Voir THÉODORE (J.F.), MARINI (P.), KESSLER (D.), ZASS (M.), BÉZARD (P.), SCHOEN (T.), LA MARTINIÈRE (G. de)

FITÈRE (A.L.)

- Paradis fiscaux – peuvent-ils disparaître ?, *Enjeux*, janvier 2003, pp. 86 à 88.

FONTAINE (M.)

- Du droit mou... impératif ?, in *Etudes offertes à Barthélémy MERCADAL*, éd. Francis LEFEBVRE, Levallois-Perret, 2002, pp. 160 à 167.

FOUCHARD (Ph.),

- La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale, *R.J.Com.*, n° spécial, février 1984.

FOYER (J.)

- La dématérialisation des valeurs mobilières en France, in *Mélanges Guy FLATTET*, Université de Lausanne, Faculté de droit, Payot, Lausanne, 1985, pp. 21 à 37.

FRANCESCAKIS (Ph.)

- Philosophie du droit et droit international privé, *Archives de philosophie du droit*, 1957, pp. 205 à 219. (VI.6.12.)
- Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, *R.C.D.I.P.*, 1966, pp. 1 et s. (V.4.3.)
- Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ?, *T.C.F.D.I.P.*, 1968, pp. 149 à 178. (IV.4.7.)
- Voir également BATIFFOL (H.)

FRANCHIMONT (M.)

- Rapport au VIII^{ème} Congrès international de droit pénal, *R.I.D.P.*, 1960, pp. 451 à 480.

FRISON-ROCHE (M.A.)

- Le droit de la régulation, *D.*, 2001, Doctr., pp. 610 à 616. (IX.1.2.)
- Rapport de synthèse, in « l'échange des consentements », Colloque de Deauville organisé par l'association Droit et Commerce, *R.J.Com.*, novembre 1995, pp. 151 et s. (IX.5.4.2.)

GAILLARD (E.)

- La réaction américaine aux lois de blocage étrangères, in « L'application extraterritoriale du droit économique, troisième journée d'actualité internationale, 23 avril 1986 », *Cahier du Centre de droit international de Nanterre (C.E.D.I.N.)*, n° 3, pp. 115 à 130. (VI.2.4.7.)

GAMET (L.)

- L'écrit électronique et le droit français de la preuve, *R.R.J.*, 2001-II (1), pp. 535 à 549. (XII.2.15.)

GANNAGÉ (L.)

- La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, pp. 421 à 445.

GANNAGÉ (P.)

- Droit intercommunautaire et droit international privé, *Clunet*, 1983, pp. 479 à 508. (IV.2.1.)

GARDELLA (G.) et HAYE (C.)

- Commerce électronique, point d'étape sur le cadre communautaire du commerce électronique, in « Chronique de droit bancaire européen et international », *R.D.B.F.*, 2000, n° 4, pp. 250 à 253. (XII.5.13.)
- Communication « commerce électronique et produits financiers », in « Chronique de droit bancaire européen et international », *R.D.B.F.*, 2001, pp. 111 à 114. (VIII.6.5.)

GARDELLA (G.) et LANSKOY (S.)

- Transferts de fonds internationaux, problématique juridique des systèmes de transfert, *R.D.B.F.*, 2000, pp. 105 à 108. (XIII.6.4.)

GAUDEMET-TALLON (H.)

- L'internationalité, bilan et perspectives, rapport de synthèse, in « l'internationalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 26 octobre 2001 organisé par l'université de Toulouse I », *Revue Lamy de Droit des affaires*, février 2002, supplément, pp. 73 à 83. (VI.6.11.10.)
- L'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye), in *l'internationalisation du droit, Mélanges Yvon LOUSSOUARN*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 181 à 192. (VI.5.8.)

GAUTIER (P.Y.)

- Les aspects internationaux de l'Internet, *T.C.F.D.I.P.*, 1997-1998, pp. 241 à 264. (XII.4.12.)

- Sur la localisation de certaines infractions économiques, *R.C.D.I.P.*, 1989, pp. 669 à 678.

GAUTIER (P.Y.) et LINANT DE BELLEFONDS (X.)

- De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, *J.C.P.*, éd. E., 2000, pp. 1273 à 1280. (XII.2.8.)

GAVALDA (C.)

- Banque directe, banque à distance à l'approche de l'an 2000..., in *Mélanges offerts à Jean-Jacques BURST, Propriétés intellectuelles – An 2000*, Litec, Paris, 1997, pp. 225 à 243.
- Crédits irréguliers, dits parfois « crédits noirs », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, Paris 1999, pp. 469 à 482.
- L'implantation bancaire française en République Arabe d'Egypte (résultats et perspectives), *Bulletin du Centre de documentation, d'études juridiques, économiques et sociales*, n° 9, juin 1979, pp. 32 à 49.
- L'internationalisation du droit bancaire, in *L'internationalité dans les institutions et le droit – Convergences et défis, Etudes offertes à Alain PLANTEY*, Paris, Pédone, 1995, pp. 273 à 285.
- Les regroupements bancaires, internes, européens et internationaux, in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Presses Universitaire de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand - L.G.D.J., Clermont-Ferrand, 2001, pp. 115 à 123.
- Problèmes de droit bancaire international posés par l'affaire Intrabank, *R.C.D.I.P.*, 1969, pp. 1 à 15. (VIII.5.6.)
- Télévende et télépaiement, Dossier « Informatique, télématique et preuve », *P.A.*, 1996, n° 65, pp. 15 à 21. (XII.3.4.1. et 2.)

GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.)

- La limitation des taux d'intérêts conventionnels par la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 sur l'usure, *J.C.P.* éd. G., 1968, I, 2171.
- La loi bancaire du 24 janvier 1984, *J.C.P.* éd. G., 1985, I, 3176. (VIII.3.8.)
- La loi du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, *P.A.*, 1984, n° 60, pp. 5 et s. (VIII.3.9.)
- Le projet de loi bancaire réformant les législations de 1941 et 1945, *P.A.*, 1983, n° 129, pp. 6 et s. (VIII.3.10.)

GAVIN-MILAN (E.)

- Le sens de la notion de prestation caractéristique, outil de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux, *R.R.J.*, 2003-1, pp. 121 à 144.

GERMAIN (M.) et NOURY (M.A.)

- La loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, *J.C.P. éd. G.*, 1997, Doctr., pp. 217 à 224. (VIII.4.5.)

GIARDINA (A.)

- La *lex mercatoria* et la sécurité du commerce et des investissements internationaux, in *Nouveaux itinéraires en Droit, hommage à François RIGAUX*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 223 à 234. (VI.a.12.)

GIZARD (B.)

- La bourse en ligne et la protection des donneurs d'ordres, *Dr. Sociétés*, février 2001, pp. 7 à 8. (XII.4.5.)
- L'exercice du pouvoir réglementaire, *Actes pratiques*, novembre décembre 1999, pp. 3 à 4. (IX.4.3.)

GOLDMAN (B.)

- Frontières du droit et « *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964, pp. 177 à 192. (VI.6.9.)

GOTHOT (P.)

- La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats, *T.C.F.D.I.P.*, 1977, pp. 201 à 232. (IV.4.12.)
- La place d'Henri BATIFFOL dans la doctrine, *T.C.F.D.I.P.*, 1991/1992, pp. 21 à 54. (IV.6.2.)
- Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, *R.C.D.I.P.*, 1971, pp. 1 à 36, pp. 209 à 243, et pp. 415 à 450. (VI.3.4.1. à 3.)

GOURIO (A.)

- Adoption de la directive sur la commercialisation à distance des services financiers aux consommateurs, *J.C.P. éd. E.*, 2002, n° 234, pp. 1593 à 1595.
- Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe, *R.D.B.F.*, 2003, dossier, pp. 128 à 147.

GOYET (C.), RONTCHEVSKY (N.) et STORCK (M.)

- Commentaire du bulletin mensuel de la COB de juillet/août 2001, in « Chronique de droit des marchés financiers », *R.T.D.Com.*, 2001, pp. 939 à 941. (IX.4.11.)

GRAHAM (J.A.)

- European Private International law and Cyberbanking Agreements, <http://www.net.org.de/papers/ecomder.pdf>.

GRAULICH (P.)

- Règles de conflit et règles d'application immédiate, in *Mélanges Jean DABIN*, Sirey, Paris, 1963, pp. 629 à 644. (VI.3.11.)

GRAVISSE (C.)

- L'environnement juridique du commerce et des services virtuels, *P.A.*, 1999, n° 14, pp. 14 à 20. (XII.5.7.)

GRENON (J.Y.)

- L'accord de libre échange nord américain comparé à la Communauté économique européenne, *R.M.C.U.E.*, 1993, pp. 306 à 320.

GRYNBAUM (L.)

- Le porte-monnaie électronique, un instrument de paiement indiscret, *R.D.B.F.*, 2003, page 183.

GROUX (J.)

- « Territorialité » et droit communautaire, *R.T.D.Eur.*, 1987, 1987, pp. 5 à 31.

GUILLAUMIN (V.)

- Le consentement échangé sur le marché financier, in « L'échange des consentements », Colloque de Deauville organisé par l'association Droit et Commerce, *R.J.Com.*, 1995, pp. 138 et s. (IX.5.4.1.)

HALPÉRIN (J.L.)

- L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX^{ème} siècle, *Droits*, 2001, n° 33, pp. 41 à 52. (emprunt civil.)

HAMEL (J.)

- La nouvelle réglementation des banques, entreprises et établissements financiers (lois des 13 et 14 juin 1941), *Rev. Dr. Comm.*, 1942, pp. 5 et s. (VIII.2.1.)

HARMATHY (A.)

- Le rapprochement du droit civil et du droit commercial hongrois avec les droits des pays de la communauté européenne, *R.I.D.C.*, 1993, Numéro spécial, Journées de la société de législation comparée, 8^{èmes} journées juridiques franco-hongroises, pp. 145 à 156.

HARTLEY (T.C.)

- Extraterritoriality : the british response, in « L'application extraterritoriale du droit

économique, troisième journée d'actualité internationale, 23 avril 1986 », *Cahier du Centre de droit international de Nanterre (C.E.D.I.N.)*, n° 3, pp. 107 à 114. (VI.2.4.6.)

HASSLER (T.)

- La signature électronique ou la nouvelle frontière probatoire, *R.J.Com.*, 2000, pp. 193 à 199. (XII.2.6.)

HAYE (C.)

- Voir GARDELLA (G.)

HERBET (J.)

- Voir CARADET (B.)

HESLAUT (J.) et GUENIN (F.)

- Territorialité des brevets et sites web institutionnels, attention à la contrefaçon, *Expertises*, février 2003, doctrine, pp. 55 à 60.

HEUZÉ (V.)

- A propos d'une « initiative européenne en matière de droit des contrats », *J.C.P.*, éd. G., 2002, Doctrine, pp. 1341 à 1345.
- La volonté en droit international privé, *Droits*, 1999, n° 28, pp. 113 à 127. (V.6.9.)

HOLLANDE (A.)

- Conditions de vente aux consommateurs dans le commerce électronique, *Communication – commerce électronique*, mars 2000, p. 8. (XII.1.1.)

HOSSERAYE (J. de la) et WITT (N. de)

- Commerce électronique : juridiction compétente et loi applicable, *Bulletin européen et international*, Francis LEFEBVRE, 2/2000, pp. 2-4. (XII.5.5.)

HOUX (N.)

- La protection des consommateurs dans la convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables, *P.A.*, 1^{er} mars 2001, n° 43, pp. 6 à 18 et n° 44, pp. 5 à 11. (V.4.6.)

HOVASSE (H.)

- Les aspects juridiques et fiscaux de la globalisation des marchés financiers, *Dr. Sociétés*, 2000, pp. 7 à 9. (IX.2.18.)

HUET (A.)

- Droit pénal international et Internet, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 663 à 686.
- Pour une application limitée de la loi pénale étrangère, *Clunet*, 1982, pp. 625 à 659. (IV.3.4.)

HUET (J.)

- Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale, *P.A.*, 1997, n° 116, pp. 6 à 18. (XII.5.4.)
- Commerce électronique : loi applicable et règlement des litiges, propositions des grandes entreprises (GBDe), *J.C.P., éd. E.*, 1999, pp. 1601 à 1602. (XII.5.6.)
- Eléments de réflexion sur le droit de la consommation, *P.A.*, 8 novembre 2001, n° 223, pp. 4 à 11.
- La problématique juridique du commerce électronique, in « le droit des affaires au XXI^{ème} siècle », colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, 2001, n° 1, pp. 17 à 30. (IX.5.5.2.)
- Le consentement échangé avec la machine, in « l'échange des consentements », colloque de Deauville organisé par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, novembre 1995, pp. 124 à 132. (XII.2.1.)

IACONO (G.)

- Le nouveau statut de la Banque de France, une étape vers l'union économique et monétaire, *D.*, 1994, chronique, pp. 89 à 92. (XIII.4.12.)

IDOT (L.)

- L'actualité du droit français de la concurrence, *Lamy droit économique*, mai 2000, n° 128, pp. 1 à 8. (VI.2.1.)
- Le domaine spatial du droit communautaire des affaires, *T.C.F.D.I.P.*, 1992/1993, pp. 145 à 177. (IV.3.1.)
- Les conflits de lois en droit de la concurrence, *Clunet*, 1995, pp. 321 à 341. (VI.3.6.)
- L'eupéanisation du droit des affaires : sens et portée, in « le droit des affaires au XXI^{ème} siècle », colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, 2001, n° 1, pp. 93 à 111. (IX.5.5.8.)
- L'internationalisation du droit de la concurrence, *Cah. Dr. Ent.*, 2000, n° 3, pp. 27 à 35. (V.6.8.)
- Note sous C.J.C.E., 9 novembre 2000, Ingmar GB Ltd, Aff. C-381/98, *Europe*, 2001, page 18. (XIX.2.5.)

IZORCHE (M.L.)

- L'ordre et le droit, in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, Paris 1999, pp. 731 à 756. (VI.a.10.)

JACOMIN (C.)

- L'évolution du système bancaire et financier en fédération de Russie, *C.J.F.E*, n° 1/97, pp. 41 à 52. (XI.13.)

JACQUET (J.M.)

- Aperçu de l'œuvre de la Conférence de La Haye de droit international privé dans le domaine économique, *Clunet*, 1994, pp. 5 à 58. (V.6.11.)
- La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international, *Clunet*, 1985, pp. 327 à 405. (V.3.4.)
- Rapport introductif, in « l'internationalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 26 octobre 2001 organisé par l'université de Toulouse I », *Revue Lamy de Droit des affaires*, février 2002, supplément, pp. 5 à 10. (VI.6.11.1.)

JARROSSON (C.)

- Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales, *R.C.D.I.P.*, 1997, pp. 657 à 683. (VI.6.3.)

JAULT (F.)

- Aperçu critique des principales nouveautés introduites en contentieux international par le règlement du 22 décembre 2000, dit Règlement de Bruxelles I, *P.A.*, 2002, n° 107, pp. 16 à 20. (V.6.14.)

JAYME (E.) et KOHLER (C.)

- L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome, *R.C.D.I.P.*, 1995, pp. 1 à 40. (IV.2.2.)

JENNY (F.)

- L'influence du droit européen de la concurrence et des concentrations sur la structure et le fonctionnement des sociétés, in « le droit des affaires au XXI^{ème} siècle », colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, 2001, n° 1, pp. 11 à 125. (IX.5.5.9.)

JEUNEMAÎTRE (A.)

- Voir DUMEZ (H.)

JOSSELIN (J.M.) et MARCIANO (A.)

- L'efficacité du droit spontané : une évaluation microéconomique, *R.I.D.E.*, 2000-2, pp. 351 à 363. (VI.a.18.)

JUILLARD (P.)

- L'application extraterritoriale de la loi économique, in « L'application extraterritoriale du droit économique, troisième journée d'actualité internationale, 23 avril 1986 », *Cahier du Centre de droit international de Nanterre (C.E.D.I.N.)*, n° 3, pp. 13 à 40. (VI.2.4.1.)

JUVIGNY (F. de)

- La nouvelle loi bancaire : ses aspects institutionnels, *Banque*, 1985, pp. 275 à 279. (VIII.3.5.)

KABOURIS (C.)

- La relation de l'ordre juridique communautaire avec les autres ordres juridiques des Etats membres – quelques réflexions parfois peu conformistes, in *Mélanges PESCATORE, Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden, Nomos, 1987

KAHN (P.)

- Conclusion générale, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 603 à 606.
- L'internationalité du point de vue de l'ordre transnational, in « l'internationalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 26 octobre 2001 organisé par l'université de Toulouse I », *Revue Lamy de Droit des affaires*, février 2002, supplément, pp. 23 à 29. (VI.6.11.3.)
- Les activités commerciales dans l'espace : quel droit ?, in *Nouveaux itinéraires en Droit, hommage à François RIGAUX*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 247 à 262. (VI.4.3.)

KAHN (P.) (sous la direction de)

- *Droit et monnaie, Etats et espace monétaire transnational*, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Vol. 14, Litec, Paris, 1988.

KAHN (P.) et KESSEDJIAN (C.) (sous la direction de)

- L'illicite dans le commerce international, Université de Bourgogne – C.N.R.S., faculté de Droit, Institut de relations internationales, Travaux du Centre de recherche sur le

droit des marchés et des investissements internationaux, Vol. 16, Litec, Paris, 1996.

KEGEL (G.)

- Les opérations de banque en droit international privé allemand, Rapport aux journées d'étude de droit bancaire, *Annales de la Faculté de droit de Clermont Ferrand*, 1965, pp. 175 à 205. (VIII.6.3.)

KENADJIAN (P.)

- Le point de vue des investisseurs internationaux, *P.A.*, 1996, n° 5, pp. 27 et s.

KERTUDO (J.)

- Les marchés financiers internationaux après la tourmente asiatique, *Banque*, juin 1998, n° 593, pp. 49 à 51. (IX.2.2.)

KESSLER (D.)

- Raisonner en termes d'optimalité, *P.A.*, 1996, n° 5, pp. 26 et s.
- Voir THÉODORE (J.F.), MARINI (P.), ZASS (M.), BÉZARD (P.), FÈVRE (J.P.), SCHOEN (T.), LA MARTINIÈRE (G. de)

KINSCH (P.)

- L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel, *R.C.D.I.P.*, 2003, pp. 403 à 435.

KNAPP (B.)

- La Suisse et l'Union européenne – Une intégration douce, in *Au carrefour des droits – Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 387 à 405.
- Unification internationale des règles de désignation du droit applicable, in *l'internationalisation du droit, Mélanges Yvon LOUSSOUARN*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 219 à 232. (VI.5.9.)

KNIGHT (J.)

- Grandes tendances dans la régulation des marchés boursiers, *P.A.*, 1994, n° 71, pp. 12 à 16. (IX.1.3.)

KNOEPFLER (F.)

- L'arbitrage *on line* : une vraie solution pour les conflits entre fournisseurs et consommateurs, in *Mélanges en l'honneur de Bernard DUTOIT*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Librairie Droz, Genève, 2002, pp. 153 à 163.

KOHLER (C.)

- Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam, *R.C.D.I.P.* 1999, pp. 1 à 30. (V.6.3.)
- Voir également JAYME (E.)

KLEIN (P.)

- La Cour de Justice des Communautés Européennes et le droit international – de quelques incohérences, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 3 à 18.

KRIMMER (I.)

- La carte de paiement en France, exemple d'un ordre économique privé, *R.I.D.E.*, 1994-2, pp. 217 à 264. (VI.a.7.)

KRUGER (H.)

- Voir PONS (T.)

LA MARTINIÈRE (G. de)

- Table ronde – droit boursier, *P.A.*, 1996, n° 5, pp. 17 et s.
- Voir THÉODORE (J.F.), MARINI (P.), KESSLER (D.), ZASS (M.), BÉZARD (P.), FÈVRE (J.P.), SCHOEN (T.)

LABAKI (G.)

- Le règlement des différends à l'O.M.C., in *Encyclopaedia Universalis*, Universalis 1998, pp. 175 à 176. (VIII.5.12.)

LABOUZ (M.F.)

- Un exemple de problème d'extraterritorialité : la loi « Lang » sur le prix unique du livre, in « L'application extraterritoriale du droit économique, troisième journée d'actualité internationale, 23 avril 1986 », *Cahier du Centre de droit international de Nanterre (C.E.D.I.N.)*, n° 3, pp. 69 à 79. (VI.2.4.4.)

LACAZE (X.)

- Voir LUCAS de LEYSSAC (C.)

LADOUCE (F.)

- Du non-usage par le C.E.C.E.I. du retrait d'office de l'agrément bancaire, *R.D.B.F.*, 2003, pp. 186 à 192.

LAGARDE (P.)

- Approche critique de la *lex mercatoria*, in *Droit des relations économiques internationales*, *Mélanges GOLDMAN*, Litec, Paris, 1982, pp. 125 à 150. (VI.6.10.)
- Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'union européenne, in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 511 à 525. (XIII.1.13.)
- L'internationalité du point de vue de l'ordre international, in « l'internationalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 26 octobre 2001 organisé par l'université de Toulouse I », *Revue Lamy de Droit des affaires*, février 2002, supplément, pp. 17 à 21. (VI.6.11.2.)
- Rapport de thèse de KARAQUILLO (J.P.), *R.C.D.I.P.*, 1977, pp. 863 à 864. (IV.4.6.)
- Vers une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ?, in *Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, *Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 571 à 586.

LAINÉ (A.)

- Le droit international privé en France considéré dans ses rapports avec la théorie des statuts, *Clunet*, 1885, pp. 129 à 143, pp. 249 à 265, *Clunet*, 1886, pp. 146 à 161, *Clunet*, 1887, pp. 21 à 31. (IV.6.12.1.)

LAMBERTERIE (I. de)

- L'écrit dans la société de l'information, In *D'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit*, *Mélanges Denis TALLON*, Société de Législation Comparée, Paris, 1999, pp. 119 à 137. (XII.2.12.)

LAMÈTHE (D.)

- L'uniformisation des pratiques contractuelles et la mondialisation, in *D'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit*, *Mélanges Denis TALLON*, Société de Législation Comparée, Paris, 1999, pp. 303 à 315. (XIII.5.12.)

LANGEMEIJER (G.E.)

- Le principe de territorialité, in *Le droit pénal international – Recueil d'études en hommage à Jacob Maarten VAN BEMMELEN*, éd. E.J. Brill, Leiden, 1965, pp. 17 à 37.

LANGLET (P.) et MARLY (P.G.)

- La localisation des instruments financiers dématérialisés, *Banque et Droit*, septembre/octobre 2000, n° 73, pp. 3 à 5. (XII.5.17.)

LANSKOY (S.)

- Voir GARDELLA (G.)

LARGUIER (J.)

- La nature juridique de l'interdiction d'exercer la profession bancaire, in *Etudes de droit Commercial à la mémoire de Henry CABRILLAC*, librairies techniques, Paris, 1968, pp. 333 à 344.

LARRIEU (J.)

- L'internationalité et Internet, in « l'internationalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 26 octobre 2001 organisé par l'université de Toulouse I », *Revue Lamy de Droit des affaires*, février 2002, supplément, pp. 41 à 46. (VI.6.11.5.)

LAURÉ (M.)

- Le libre-échange, article de foi ou question de bon sens ?, *R.I.D.E.*, 1994-2, pp. 169 à 180. (XIII.2.4.)

LAURIOL (T.M.)

- OHADA : l'intensification du processus d'harmonisation, *R.D.A.I.*, 2001, n° 6, pp. 752 à 758.

LE BARS (Th.)

- Nouvelles observations sur la codification « à droit constant » du code de commerce – l'article 631 du code de commerce était abrogé depuis... 1991, *J.C.P. éd. E.*, 2000, pp. 2021 à 2022. (IX.2.8.)

LE BRUN (J.)

- Les autorités administratives indépendantes : le cas de la commission bancaire et financière belge, *R.I.D.E.*, 1997-2, pp. 183 à 193. (XI.18.)

LECLERCQ (P.)

- Les titres dématérialisés de paiement et de crédit, in *le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, études offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, Paris, pp. 785 à 798.

LEIBINGER (R.) et SCHWEIKERT (H.)

- Rapport au VIII^{ème} Congrès international de droit pénal, *R.I.D.P.*, 1960, pp. 622 à 640.

LEMONTEY (J.) et ANCEL (J.P.)

- André PONSARD, un internationaliste à la Cour de Cassation, in *Mélanges en l'honneur de André PONSARD, la Cour de Cassation, l'Université et le droit*, Litec, Paris, 2003, pp. 207 à 212.

LEPAULLE (P.)

- Nature et méthode en droit international privé, *Clunet*, 1936, pp. 284 à 311. (IV.6.14.)

LEPLAT (F.)

- La liberté de circulation des capitaux au sein de la Communauté Européenne, <http://glose.org/Capitaux.htm> . (XIII.2.1.)
- Les réformes du démarchage bancaire et financier, <http://www.avocatconseil.com/LSF2.htm> .

LEROY (Ch.)

- L'organisation et le fonctionnement des marchés financiers aux dimensions de l'Europe, commentaire de la loi du 2 juillet 1996 sur la modernisation des activités financières, *Droit administratif*, décembre 1996, pp. 6 à 10, et janvier 1997, pp. 6 à 10.

LESGUILLONS (H.)

- L'application d'un traité – fondation : le Traité instituant la C.E.E., Thèse, L.G.D.J., Paris, 1968.

LEVASSEUR (G.)

- Du nouveau en matière d'extradition ?, *T.C.F.D.I.P.*, 1968, pp. 179 à 204. (VI.6.7.)

LEVENEUR (L.)

- Signature électronique : un décret, beaucoup de questions, *Contrats, conc., Consomm.*, mai 2001, page 5. (XII.2.2.)

LEWALD (H.)

- Conflits de lois dans le monde grec et romain, *R.C.D.I.P.*, 1968, pp. 419 à 440, et pp. 615 à 641. (VI.5.2.1. et 2.)

LIBERI (Y.)

- Le commerce électronique sur Internet, 1998, <http://village-justice.com/journal/articles/commerce.html> . (III.2.3.)

LIGHTBURN (J.)

- Voir NATAF (P.)

LINANT DE BELLEFONDS (X.)

- Lex retis, *R.C.C.E.*, juillet – août 2000, p. 3. (XII.6.8.)
- Voir GAUTIER (P.Y.)

LINNELL (I.)

- Les quatre piliers du système bancaire, *Banque*, 1996, n° 575, pp. 20 à 22. (XI.10.)

LIPSKIER (M.)

- Internet et les marchés financiers, *Actes pratiques*, mars/avril 1999, pp. 4 à 5. (XII.4.8.)

LIPSTEIN (K.)

- Les normes fixant leur propre domaine d'application : les expériences anglaises et américaines, *T.C.F.D.I.P.*, 1979, pp. 187 à 220. (IV.4.10.)

LOMBARDINI (C.)

- Voir PONCET (D.)

LÓPEZ ESCUDERO (M.)

- Quelques remarques critiques à propos de la jurisprudence de la Cour de Justice sur la politique commerciale commune, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 1160 à 1192.

LOPINTO (M.)

- Internet et banque privée, Dossier « Banques privées », *Banque magazine*, septembre 1999, n° 606, pp. 32 à 34. (XII.4.1.)

LOQUIN (E.)

- La réalité des usages du commerce international, *R.I.D.E.*, 1989-2, pp. 163 à 195. (VI.a.5.)
- Les sources du droit mondialisé, *D. & P.*, n° 96, septembre 2001, pp. 70 à 77. (IV.6.3.)
- Où en est la Outre-mer mercatoria ?, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 23 à 51.

LOQUIN (E.) et RAVILLON (L.)

- La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 91 à 132.

LOUIS (J.V.)

- L'euro et l'unification du droit des affaires, in « le droit des affaires au XXI^{ème} siècle », colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, 2001, n° 1, pp. 137 à 157. (IX.5.5.11.)

LOUIS-LUCAS (P.)

- La liberté contractuelle en droit international privé français, in *Mélanges Jean DABIN*, Sirey, Paris, 1963, pp. 743 à 775. (VI.6.13.)
- Le problème de la loi applicable à l'état et à la capacité des personnes, *T.C.F.D.I.P.*, 1947, pp. 95 à 128. (IV.1.1.)
- Territorialisme et nationalisme dans l'œuvre de J.P. NIBOYET, *T.C.F.D.I.P.*, 1952, pp. 11 à 42. (IV.3.2.)

LOUSSOUARN (Y.)

- L'évolution de la règle de conflit de lois, *T.C.F.D.I.P.*, 1985, journées du cinquantième, pp. 79 à 95. (IV.6.4.)
- La règle de conflit est-elle une règle neutre ?, *T.C.F.D.I.P.*, 1981, pp. 43 à 68. (IV.4.9.)
- Les tendances récentes du droit international privé, *R.I.D.C.*, 1979, Numéro spécial, Journées de la Société de législation comparée, 1ères journées d'études juridiques franco-américaines, pp. 681 à 704.

LUCAS de LEYSSAC (C.) et LACAZE (X.)

- Le paiement en ligne, *J.C.P.*, éd. E., 2001, pp. 506 à 511. (XII.3.1.)

LUDOVISSY (G.)

- L'exercice d'activités de marketing transfrontalier par un établissement bancaire européen : l'exemple luxembourgeois, *D. & P.*, 2002, pp. 33 à 37. (XIII.4.18.)

LUTZ (P.)

- La législation française sur le crédit à l'épreuve du droit communautaire, *Banque et Droit*, n° 56 1997, pp. 18 et s. (XIII.4.3.)
- Les suites de la directive sur le commerce électronique : la nécessaire refonte du droit français du crédit aux consommateurs, *R.D.B.F.*, 2002, pp. 87 à 91.

MACKAAY (E.)

- L'ordre spontané comme fondement du droit, un survol des modèles de l'émergence des règles dans la société civile, *R.I.D.E.*, 1989-3, pp. 247 à 287. (VI.a.4.)

MALAUZIE (Ph.)

- Lois de police et méthode de conflits de lois en matière de commerce extérieur,

R.I.D.C., 1986, Numéro spécial, Journées de la société de législation comparée, 10èmes journées juridiques franco-latino-américaines, pp. 541 à 550.

- Peut-on définir la codification ?, *R.F.A.P.*, 1997, pp. 177 à 182.

MALECKI (C.)

- Regards sur le formalisme cambiaire à l'heure de la signature électronique, *J.C.P.*, éd. E., 2000, pp. 2036 à 2042. (XII.4.4.)

MANARA (C.)

- Aspects juridiques de l'e-mail, *D. Aff.*, 1999, pp. 278 à 282. (XII.1.5.)

MARCHAIS (D.)

- Le cadre légal et réglementaire, *Banque*, 1996, n° 575, pp. 23 à 25. (XI.11.)

MARCIANO (A.)

- Voir JOSSELIN (J.M.)

MARIMBERT (J.)

- L'office des autorités de régulation, *P.A.*, 2002, n° 110, pp. 73 à 78. (IX.1.6.)

MARINI (P.)

- Vers le big bang des marchés financiers ?, *P.A.*, 1996, n° 5, pp. 14 et s.
- Voir THÉODORE (J.F.), KESSLER (D.), ZASS (M.), BÉZARD (P.), FÈVRE (J.P.), SCHOEN (T.), LA MARTINIÈRE (G. de)

MARLY (P.G.)

- Voir LANGLET (P.)

MARTIN (D.R.)

- De la (fausse) monnaie électronique, *R.D.B.F.*, 2003, page 65.

MARTINAUD (P.) et YATES (M.T.)

- La mondialisation facilite le blanchiment, *Banque Magazine*, décembre 1999, pp. 26 à 27. (IX.2.3.)

MARTY (R.)

- Conflits d'application entre les principes d'UNIDROIT et la loi française applicable au contrat : à propos d'un dualisme juridique, *D. Aff.*, 1997, pp. 100 à 106. (VI.6.4.)

MASSÉ (M.)

-
- L'internationalité et le droit pénal, in « l'internationalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 26 octobre 2001 organisé par l'université de Toulouse I », *Revue Lamy de Droit des affaires*, février 2002, supplément, pp. 67 à 71. (VI.6.11.9.)

MATSOPOULOU (H.)

- Le banquier face au juge pénal français, *R.D.B.F.*, 2004, n° 1, pp. 50 à 54.

MATTOUT (J.P.)

- De nouvelles règles de la C.C.I. pour les lettres de crédit stand by, in *Mélanges VASSEUR*, Banque éditeur, Paris, 2001, pp. 99 à 111. (VIII.6.2.)

MAVROIDIS (P.C.) et NEVEN (D.J.)

- Some reflections on extraterritoriality in international economic law : a law and economics analysis, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 1297 à 1325.

MAYER (P.)

- La sentence contraire à l'ordre public au fond, *Rev. Arb.*, 1994, pp. 615 à 652. (VI.3.3.)
- Le rôle du droit public en droit international privé, *R.I.D.C.*, 1986, pp. 467 à 485.
- Les lois de police, *T.C.F.D.I.P.*, 1985, journées du cinquantième, pp. 104 à 114. (IV.6.4.)
- Les lois de police étrangères, *Clunet*, 1981, pp. 277 à 345. (V.4.5.)
- Les procédés de preuves de la loi étrangère, in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 617 à 636.

MAZEAUD (D.)

- A propos d'un droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'UNIDROIT et de la commission LANDO, in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, Paris 1999, pp. 205 à 218. (VI.a.11.)

MEDJAD (K.)

- Voir BOLMIN (M.)

MÉNARD (C.)

- Les banques britanniques sont plus libérées, *Banque*, 1996, n° 575, pp. 28 à 29. (XI.12.)

MENJUCQ (M.)

- La circulation internationale des sociétés, *Bull. Joly Sociétés*, 2001, n° 65, pp. 233 à 243. (VI.6.2.)
- Mondialisation et rattachement juridique des sociétés, in *Mélanges en l'honneur de Yves GUYON, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 831 à 843.

MERGELINA (M.A.)

- Voir BERGER (N.)

MERKIN (C.) et SAINT MARS (B. de)

- Projet de loi de modernisation des activités financières, *R.D.B.B.*, 1996, n° 53, pp. 4 à 7. (VIII.4.1.)

MERSCH (E.)

- Aspects des législations bancaires, in *En hommage à Léon GRAULICH, ses anciens élèves*, Faculté de Droit de Liège, 1957, pp. 235 à 256. (VIII.1.1.)

MICHAUD (É.) et DESBIOLLES (J.P.)

- Vers de nouvelles formes d'intermédiation, Dossier « la banque et Internet », *Banque magazine*, mai 1999, n° 603, pp. 34 à 35. (XII.4.9.)

MILANOVA (A.)

- Le règlement des différends dans le cadre de Moselle : les atours discrets d'une hégémonie, *Clunet*, 2003, pp. 87 à 100.

MIROCHNIKOFF (Y.)

- L'offre des banques s'étoffe, Dossier « la banque et Internet », *Banque magazine*, mai 1999, n° 603, pp. 22 à 25. (XII.4.9.)

MOLFESSIS (N.), (Sous la direction de)

- Les pratiques juridiques, source du droit des affaires, Rencontre Petites Affiches, *P.A.*, n° 237, 27 novembre 2003.

MORVAN (S.)

- L'émergence du pouvoir judiciaire au sein de l'O.M.C., *J.C.P.*, éd. E., 2002, pp. 1171 à 1175. (VIII.5.17.)

MOULIER-BOUTANG (Y.)

- Voir CHEMILLIER-GENDREAU (M.)

MOULY (Ch.)

- La doctrine, source d'unification internationale du droit, *R.I.D.C.*, 1986, pp. 351 à 358.
- Les contrats bancaires dans un groupe de sociétés, *P.A.*, 2 février 1994, CD-ROM. (IX.3.13.)

MOURA RAMOS (R.M.)

- Droit international privé vers la fin du vingtième siècle : avancement ou recul ? – Rapport national, *Documentação e Direito Comparado*, 1998, n° 73/74, pp. 85 à 125.

MOURRE (A.)

- Chronique de droit international privé appliqué aux affaires, *R.D.A.I.*, 2000, pp. 108 à 122, et pp. 918 à 938 (article en français et en anglais). (VI.3.2.)
- Chronique de droit international privé appliqué aux affaires, *R.D.A.I.*, 2001, pp. 78 à 97, et pp. 615 à 638 (article en français et en anglais)
- Chronique de droit international privé appliqué aux affaires, *R.D.A.I.*, 2002, pp. 87 à 90 (article en français et en anglais).

MULDER (A.)

- Des observations préliminaires, in *Le droit pénal international – Recueil d'études en hommage à Jacob Maarten VAN BEMMELEN*, éd. E.J. Brill, Leiden, 1965, pp. 3 à 13.

MUIR WATT (H.)

- L'internationalité en droit de la famille, in « l'internationalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 26 octobre 2001 organisé par l'université de Toulouse I », *Revue Lamy de Droit des affaires*, février 2002, supplément, pp. 51 à 57. (VI.6.11.7.)
- La codification en droit international privé, *Droits*, 1998, n° 27, pp. 149 à 160.
- « Law and economics » : quel apport pour le droit international privé ? in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 685 à 702.
- Les principes généraux en droit international privé français, *Clunet*, 1997, pp. 403 à 415. (IV.6.9.)
- Pour l'accueil de l'estoppel en droit international privé français, in *l'internationalisation du droit, Mélanges Yvon LOUSSOUARN*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 303 à 309. (VI.5.10.)

NARUTO (M.)

- Le marché unique et le commerce électronique vus dans le cadre de la coopération industrielle euro-japonaise, *P.A.*, 1998, n° 52, pp. 28 à 30. (XIII.4.11.)

NATAF (P.) et LIGHTBURN (J.)

- La loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information, *J.C.P.*, éd. E., 2000, pp. 836 à 839. (XII.2.4.)

NEAU-LEDUC (P.)

- A propos de la réglementation des marchés financiers, in *Mélanges Michel CABRILLAC*, pp. 500 à 515, Dalloz-Litec, Paris 1999. (VIII.1.10.)

NEUMAYER (K.H.)

- Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, *R.C.D.I.P.*, 1957, pp. 579 à 604, et 1958, pp. 53 à 78. (IV.4.4.)

NIEDERER (W.)

- Ceterumquaero de legum imperii romani conflictu, traduction par AUBERT (J.F.), *R.C.D.I.P.*, 1960, pp. 137 à 150. (VI.5.1.)

NOTTÉ (G.)

- Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, *J.C.P.*, éd. E., 2000, pp. 1301 à 1304. (XII.5.14.)

NOURRISSAT (C.) et TREPPOZ (E.)

- Quelques observations sur l'avant projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II », *Clunet*, 2003, pp. 7 à 38.

NOURY (M.A.)

- Voir GERMAIN (M.)

NUYTS (A.)

- L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire, *R.C.D.I.P.*, 1999, pp. 31 et s, et pp. 245 et s. (V.5.4.)

OHL (D.)

- Voir RIVES-LANGE (J. L.)

OPPETIT (B.)

- Droit commun et droit européen, in *l'internationalisation du droit*, *Mélanges Yvon LOUSSOUARN*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 311 à 319. (XIII.1.10.)
- Droit du commerce international et valeurs non marchandes, in *Etudes de droit international privé en l'honneur de Pierre LALIVE*, Bâle – Francfort, éd. Helbing et

Lichtenhahn, 1993, pp. 309 à 319. (VI.4.2.)

- La coopération bancaire internationale, *T.C.F.D.I.P.*, 1976, pp. 81 à 110. (VIII.5.7.)
- Le développement des règles matérielles, *T.C.F.D.I.P.*, 1985, journées du cinquantenaire, pp. 121 à 134. (IV.6.4.)

ORAVA (S.)

- L'émergence de conflits commerciaux portant sur l'accès au marché des télécommunications américain, *Gaz. Pal.*, 1^{er}-2 juin 2001, n° international, Doctr., p. 23. (XII.5.19.)

PAGE (A.C.)

- L'autorégulation financière en Grande-Bretagne : tendances et perspectives, *R.I.D.E.*, 1989-1, pp. 33 à 49. (XI.1.)

PAISANT (G.)

- Un aperçu de la protection des consommateurs dans l'Union européenne à l'orée du 21^{ème} siècle, in *Mélanges en l'honneur de Bernard DUTOIT*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Librairie Droz, Genève, 2002, pp. 181 à 196.

PANHALEUX (L.)

- Le droit de la responsabilité sur Internet, in *Encyclopaedia Universalis*, Universalis 2001, pp. 152 à 155. (XII.2.14.)

PANSIER (F.J.) et CHARBONNEAU (C.)

- La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *P.A.*, 2001, n° 100, pp. et n° 101, pp. 4 à 18. (VIII.4.6.)

PAOLINI (M.)

- Bruxelles s'accroche à sa directive crédit à la consommation, *La tribune*, 17 septembre 2003, page 19.

PARDON (J.)

- La Convention de Rome, un nouveau droit international privé des contrats. Application aux opérations bancaires, Colloque international de l'A.E.D.B.F., *Banque et Droit*, n° spécial, juin 1993.
- La distribution des produits bancaires. La loi applicable, *Banque et Droit*, 1988.
- Les quiproquos de la reconnaissance mutuelle, *R.D.B.B.*, novembre décembre 1992, pp. 237 à 241.

PARLÉANI (G.)

- Commercialisation à distance des services financiers – Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002, *R.D.B.F.*, 2002, pp. 337 à 339.
- La localisation des services financiers, in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand - L.G.D.J., Clermont-Ferrand, 2001, pp. 279 à 292. (ouvrage personnel)
- Le risque de vigilance excessive des autorités de contrôle, *R.D.B.F.*, 2002, pp. 373 à 376.
- Mondialisation financière et assurance, in « le droit des affaires au XXI^{ème} siècle », colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, 2001, n° 1, pp. 213 à 224. (IX.5.5.15.)
- Recommandation de la Commission « crédit au logement », in « Chronique de droit bancaire européen et international », *R.D.B.F.*, 2001, pp. 114 à 115. (VIII.6.5.)

PELLET (A.)

- La *lex mercatoria*, « tiers ordre juridique » ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 53 à 74.

PELLETIER (P.)

- Propositions pour l'application dans l'espace de la loi du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection de l'emprunteur dans le domaine immobilier, *R.C.D.I.P.*, 1981, pp. 247 à 262. (VI.3.5.)

PELOU (P.)

- L'administration, le citoyen et les nouvelles technologies de l'information et de la communication, synthèse de la table ronde du XXIV^{ème} congrès de l'Institut International des Sciences Administratives, *P.A.*, 1998, n° 108, pp. 11 à 14. (XII.6.6.3.)

PELTIER (F.)

- Les règles fondamentales du droit financier et l'internationalisation de la bourse, *R.D.B.F.*, 2001, n° 1, pp. 40 à 45. (VIII.5.8.)

PÉRIER (F.)

- La localisation boursière, *R.I.D.C.*, 1995, n° 2, pp. 427 à 431. (VIII.5.10.)

PEROT-REBOUL (C.)

- Commercialisation à distance des services financiers : champ d'application de la directive, *Revue LAMY Droit des Affaires*, 2003, n° 61, pp. 5 à 10.

PERROT (A.)

- Agrément unique et contrôle des établissements de crédit dans l'espace communautaire, *R.D.B.B.*, 1995, pp. 164 à 170.

PESCATORE (P.)

- L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses Etats membres, in *Etudes de droit des communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri TEITGEN*, éd. A. Pédone, Paris, 1984, pp. 355 à 406.

PÉZARD (A.)

- La modernisation des activités financières en Europe, *P.A.*, 1996, n° 122, pp. 11 à 20. (VIII.4.3.) (XIII.4.14.) DOUBLON
- Le nouveau dispositif juridique bancaire depuis l'ouverture du marché unique, *R.D.B.B.*, 1993, n° 36, pp. 85 à 87. (XIII.4.16.)
- Le nouveau système financier français – analyse de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, *Banque et droit*, hors série, décembre 1996, pp. 4 à 25.
- Une nouvelle source du droit : les normes déontologiques en matière bancaire et financière dans les États de l'Union européenne, in *Mélanges VASSEUR*, Banque éditeur, Paris, 2001, pp. 113 à 119. (XIII.6.2.)

PFAUWADEL (G.)

- Les enjeux économiques et stratégiques vus du MATIF, *P.A.*, 1996, n° 5, pp. 8 et s.

PIJNACKER HORDIJK (E.)

- EC law versus legal monopolies : a tense relationship, *R.D.A.I.*, 1995, n° 5, pp. 595 à 614 (article en français et en anglais). (XIII.2.3.)

PINIOT (M.C.)

- Le nouveau paysage des sanctions après mise en application de la directive, *P.A.*, 10 janvier 1996, n° 5, pp. 49 à 50.

PLEYERS (M.)

- Voir COUPÉ (B.)

POCAR (F.)

- Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions, *T.C.F.D.I.P.*,

19985/1986, pp. 71 à 88. (IV.5.1.)

POILLOT-PERUZZETTO (S.)

- Concepts en droit communautaires, http://www.peruzzetto.com/art/concept_droit_communautaire.htm . (XIII.1.4.)
- L'internationalité du point de vue de l'ordre communautaire, in « l'internationalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 26 octobre 2001 organisé par l'université de Toulouse I », *Revue Lamy de Droit des affaires*, février 2002, supplément, pp. 31 à 40. (VI.6.11.4.)
- La codification du droit de l'Union européenne, http://www.peruzzetto.com/art/codification_communautaire.htm . (XIII.5.1.)
- La loi applicable au contrat électronique, in *Le contrat électronique*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, des amis de la culture juridique française, Université de Paris II, Journées nationales, t. V, Toulouse, 2000, L.G.D.J. diffuseur, pp. 35 à 58.
- Réflexion sur les méthodes de coordination/unification dans le cadre de l'évolution des ordres juridiques, Conférence générale des Tribunaux de Commerce, 19 octobre 2000. <http://www.peruzzetto.com/art/unifcoor.art.htm> . (XIII.5.17.)

POLITRONACCI (E.)

- L'euro et les États et territoires associés, in *Bulletin de la Banque de France* - N° 97 - janvier 2002, Études, pp. 45 à 56.

POLLAUD-DULIAN (F.)

- Du droit commun au droit spécial – et retour, in *Mélanges en l'honneur de Yves GUYON, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 925 à 950.

PONCET (D.) et LOMBARDINI (C.)

- La surveillance des banques étrangères et des groupes bancaires internationaux, la perspective suisse, in *Etudes de droit international privé en l'honneur de Pierre LALIVE*, Bâle- Francfort, éd. Helbing et Lichtenhahn, 1993, pp. 321 à 333. (XI.4.)

PONS (T.) et KRUGER (H.)

- Contraintes juridiques et fiscales, Dossier « la banque et Internet », *Banque magazine*, mai 1999, n° 603, pp. 36 à 37. (XII.4.9.)

PRADEL (J.)

- Vers une mondialisation du droit pénal, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude SOYER, l'honnête homme et le droit*, L.G.D.J., Paris, 2000, pp. 317 à 330.

PRUDHOMME (A.)

- Le droit international privé dans son développement moderne, *Clunet*, 1930, pp. 920 à 936. (IV.6.13.)
- Les emprunts des Etats Brésilien et Serbe devant la Cour permanente de Justice Internationale de La Haye, *Clunet* 1929, pp. 837 à 895. (IV.4.14.)

PRUJINER (A.)

- Le droit international privé : un droit du rattachement, in *Etudes de droit international privé en l'honneur de Pierre LALIVE*, Bâle- Francfort, éd. Helbing et Lichtenhahn, 1993, pp. 161 à 172. (V.5.2.)

PRÜM (A.)

- La future directive sur les services financiers à distance, *R.D.B.F.*, 2002, pp. 111 à 113. (XIII.2.6.)
- L'acte sous seing privé électronique : réflexions sur une démarche de reconnaissance, in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, Paris 1999, pp. 255 à 276. (XII.2.18.)

PUECH (M.)

- La commission des opérations de bourse et la surveillance du marché boursier au regard du droit pénal, in *Mélanges en l'honneur de Daniel BASTIAN*, Vol. I, droit des sociétés, Librairies techniques, 1974, pp. 211 à 240.

PUTMAN (E.)

- L'évolution des rapports entre le droit communautaire et le droit privé français, *R.R.J.*, 2003-1, pp. 97 à 104.

QUIÑONES ESCÁMEZ (A.)

- Marché intérieur, harmonisation minimale et contrats de consommation (proposition de modification de l'article 5 de la Convention de Rome), Communication sur le droit européen des contrats,
http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.13.pdf

RADICATI di BROZOLO (L.)

- L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation, *R.C.D.I.P.*, 1993, pp. 401 à 424. (IV.6.1.)

RAPP (L.)

- Le régime des investissements étrangers dans le secteur des télécommunications en France après l'entrée en vigueur du quatrième protocole annexé à l'Accord Général sur le Commerce des Services, *D. Aff.*, 1998, pp. 1382 et s. (VIII.5.1.)

REUTER (P.)

- 4^{ème} rapport sur la question des traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, *Ann. CDI*, 1975, vol II, pp. 27 à 47.

RIBEYRE (M.A.)

- Voir COSTES (L.)

RIBS (J.)

- Le nouveau marché boursier européen – application de la directive services d'investissement, *P.A.*, 1996, n° 5, pp. 35 et s.

RICHEZ (B.)

- Un défi de taille pour le nouveau cycle de négociations de l'O.M.C. : la réforme de l'accord G.A.T.S., *R.M.C.U.E.*, 2003, pp. 442 à 447.

RIFFARD (J.F.)

- Quelques réflexions sur le contrat sans droit, in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Presses Universitaire de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand - L.G.D.J., Clermont-Ferrand, 2001, pp. 311 à 330.

RIGAUX (F.)

- Droit international privé et droit communautaire, in *l'internationalisation du droit, Mélanges Yvon LOUSSOUARN*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 341 à 354. (XIII.1.9.)
- D'un nouvel ordre économique international à l'autre, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 689 à 717.
- La méthode des conflits de lois en droit européen, in *Mélanges en l'honneur de Bernard DUTOIT*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Librairie Droz, Genève, 2002, pp. 243 à 256.
- La réception des droits étrangers et des normes non étatiques dans l'ordre juridique international, *R.R.J.*, 1993-II, pp. 591 à 601. (V.6.4.)

RIVES-LANGE (J. L.) et OHL (D.)

- Monopole bancaire et liberté : la loi du 24/01/1984 permet-elle d'effectuer des opérations de banque sans être établissement de crédit ?, *Banque*, 1984, pp. 439 et s. (VIII.3.6.)

ROBINEAU (Y.)

- A propos des limites d'une codification à droit constant, *A.J.D.A.*, 1997, pp. 655 à 659.

RODRIGUEZ IGLESIAS (G.C.) et KEPPELNE (J.P.)

- L'incidence du droit communautaire sur le droit national, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 517 à 551.

ROEGES (L.)

- L'exercice de l'activité bancaire par la voie d'une succursale après la deuxième directive bancaire, *R.D.B.B.*, 1994, n° 41, pp. 17 à 25, n° 43, pp. 113 à 119. (XIII.4.15.1. et 2.)
- Quelques réflexions critiques sur le cadre légal pour la libre prestation de services bancaires et financiers, *Euredia*, 2000/2, pp. 149 à 156.

ROJINSKY (C.)

- Cyberspace et nouvelles régulations technologiques, *D.*, 2001, Doctr., pp. 844 à 847. (XII.5.10.)

ROLIN JACQUEMYNS (L.) et VAN HUFFEL (M.)

- L'impact de la directive commerce électronique sur la réglementation européenne des services financiers, *Euredia*, 2001-2002/1, pp. 45 à 123.

RUEDA (I.)

- Réflexions sur la notion d'internationalité en droit, *R.R.J.*, 2003-1, pp. 107 à 118.

RUET (L.)

- La réglementation de l'utilisation d'Internet dans la passation des ordres de bourse, *Communication – commerce électronique*, mars 2000, pp. 9 à 15. (XII.4.7.)

RUIZ FABRI (H.)

- La contribution de l'Organisation Mondiale du Commerce à la gestion de l'espace juridique mondial, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 347 à 380.
- Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 303 à 334.

RUIZ FABRI (H.) et MONNIER (P.)

- Chronique « Organisation Mondiale du Commerce », *Clunet*, 2003, pp. 905 à 910.

SAADA (T.)

- Vers un nouvel Eldorado ?, Dossier « la banque et Internet », *Banque magazine*, mai 1999, n° 603, pp. 29 à 31. (XII.4.9.)

SAINT MARS (B. de)

- Voir MERKIN (C.)
- Voir BORNET (J.P.)

SALAH (M.M.M.)

- La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation, *R.I.D.E.*, 2001-3, pp. 251 à 302. (VI.a.16.)
- La problématique du droit économique dans les pays du sud, *R.I.D.E.*, 1998-1, pp. 19 à 33 et 1998-2, pp. 165 à 176. (XI.16.)

SALOMON (R.)

- Le particularisme des infractions boursières, *J.C.P.*, éd. E., 2000, comm., pp. 788 à 796. (IX.6.1.)
- Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière et les garanties fondamentales, *Dr. Sociétés*, 2000, pp. 5 à 10. (IX.4.9.)

SAMIN (Th.)

- Le statut d'intermédiaire en opérations de banque : jument de Roland ou Belle au bois dormant ? *Banque et droit*, n° 91, septembre/octobre 2003, pp. 3 à 19.

SAMIN (Th.) et SCHRIKE (A.)

- La réglementation relative aux modifications de situation des établissements bancaires et financiers, *Banque et droit*, n° 85, septembre octobre 2002, pp. 3 à 20.

SARLAT (G.)

- Conférence : l'intégration des marchés financiers en Europe,
http://coursenligne.sciences-po.fr/2003_2004/sarlat/integration_marches_financiers.htm
-

SAUVÉ (J.M.)

- L'administration, le citoyen et les nouvelles technologies de l'information et de la communication, XXIV^{ème} congrès de l'Institut International des Sciences Administratives, *P.A.*, 1998, n° 108, pp. 15 à 17. (XII.6.6.1.)

SCHAEFFER (E.)

- Le droit communautaire face au droit national, in *Entretiens de Nanterre, 1978, Publications de la Faculté de droit de l'Université René Descartes (Paris V)*, éd. Gazette du Palais – Faculté de droit (Paris V), pp. 56 à 72.

SCHMIDT (D.)

- Marchés réglementés et opérations hors marché, *P.A.*, 1996, n° 5, pp. 21 et s.

SCHODERMEIER (M.D.)

- Les droits de l'émetteur d'un virement international manqué par la faute d'une banque intermédiaire (étude comparative), *R.D.B.B.*, 1994, pp. 101 à 109. (IX.3.9.)

SCHOEN (T.)

- Le contexte réglementaire français et la directive sur les services d'investissement, *P.A.*, n° 5, 1996, pp. 19 et s. (VIII.4.4.)
- Voir THÉODORE (J.F.), MARINI (P.), KESSLER (D.), ZASS (M.), BÉZARD (P.), FÉVRE (J.P.), LA MARTINIÈRE (G. de)

SCHULTSZ (J.C.)

- Les lois de police étrangères, *T.C.F.D.I.P.*, 1982/1983, pp. 39 à 62. (IV.4.8.)

SCHWANDER (I.)

- Subjektivismus in der Anknüpfung im Internationalen Privatrecht, in *Etudes de droit international privé en l'honneur de Pierre LALIVE*, Bâle- Francfort, éd. Helbing et Lichtenhahn, 1993, pp. 181 à 190. (V.5.3.)
- Voir aussi BYSTRICKY (R.)

SCHWEIKERT (H.)

- Voir LEIBINGER (R.)

SCHWERER (F.)

- De la circulation électronique des monnaies scripturales à la monnaie électronique universelle, in « le droit des affaires au XXI^{ème} siècle », colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, 2001, n° 1, pp. 55 à 70. (IX.5.5.5.)
- Les établissements de crédit, l'éthique et les nouvelles technologies, *Banque et droit*,

n° 79, septembre/octobre 2001, pp. 16 à 22.

SÉNACQ (S.)

- La vente internationale et le commerce électronique, *R.D.A.I.*, 2001, pp. 489 à 500 (article en français et en anglais). (XII.1.3.)

SERLOOTEN (P.)

- Réflexions – sans en avoir l'air – sur l'art du juriste (à propos du règlement d'une créance fiscale par un débiteur en redressement judiciaire), *D.* 2001, n° 23, pp. 1861 à 1862. (IX.5.1.)

SERVAIS (D.)

- G.A.T.S. et services financiers : un accord complexe... et temporaire, *R.D.B.B.*, 1996, n° 53, pp. 13 à 22. (VIII.5.2.)

SERVAIS (D.) et DUTRY (J.)

- G.A.T.S. 2000 : quels enjeux pour les services financiers ?, *R.D.A.I.*, 1999, n° 6, pp. 653 à 675 (article en français et en anglais). (VIII.5.11.)

SERVAN-SCHREIBER (P.)

- L'échange international des consentements, in « L'échange des consentements », Colloque de Deauville organisé par l'association Droit et Commerce, *R.J.Com.*, 1995, pp. 52 à 68. (VI.5.5.)

SIMON (J.)

- Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires, in *Le Juge et le droit de l'économie, Mélanges en l'honneur de Pierre BÉZARD*, Petites Affiches-Montchrestien, Paris, 2002, pp. 147 à 166.

SIMONIS (D.)

- Voir DEBANDE (O.)

SOREL (J.M.)

- Les Etats face aux marchés financiers, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – à propos de 30 ans de recherches du C.R.E.D.I.M.I. : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Université de Bourgogne – C.N.R.S. – Travaux du Centre de Recherches sur le droit des marchés internationaux, Vol. XX, Litec, Paris, 2000, pp. 507 à 543.

SORIEUL (R.)

- Voir CAPRIOLI (E.)

SOULEZ-LARIVIÈRE (D.)

- Droit pénal international des affaires ; mythe ou réalité, *D. Aff.*, 1998, pp. 272 et s. (V.3.2.)

SOUSI (B.)

- Chronique de droit monétaire, bancaire et financier, *R.D.A.I.*, 1999, pp. 237 à 239. (XIII.5.11.)
- Définitions et concepts en droit bancaire européen, in *Etudes en droit bancaire et financier, Mélanges Jean PARDON*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 463 à 469.
- L'approche Lamfalussy : une méthode douce pour « détricoter » l'harmonisation financière européenne ? *D.*, 2002, pp. 3322 à 3323.
- L'harmonisation des services financiers et le juge national, in *Le Juge et le droit de l'économie, Mélanges en l'honneur de Pierre BÉZARD*, Petites Affiches-Montchrestien, Paris, 2002, pp. 197 à 208.
- La codification des directives relatives aux établissements de crédit, *Banque et droit*, septembre/octobre 2000, n° 73, pp. 13 à 16, et in *Mélanges VASSEUR*, Banque éditeur, Paris, 2001, pp. 121 à 128. (XIII.5.14.1. et 2.)
- La loi applicable aux contrats bancaires transfrontaliers après la deuxième directive de coordination bancaire, *R.D.B.B.*, 1990, 155.
- L'adaptation du droit bancaire et financier européen aux nouvelles technologies, in « le droit des affaires au XXI^{ème} siècle », colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, 2001, n° 1, pp. 77 à 92. (IX.5.5.7.)

SPERDUTI (G.)

- Droit international privé et ordre public étranger, *Clunet*, 1977, pp. 5 à 15. (IV.4.1.)
- Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public, *R.C.D.I.P.*, 1977, pp. 257 à 270. (IV.4.2.)

STAUDER (B.)

- La protection des déposants en cas de faillite d'une banque en Suisse à la lumière du droit communautaire, in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand - L.G.D.J., Clermont-Ferrand, 2001, pp. 367 à 378.

STERN (B.)

- Conclusions, in « L'application extraterritoriale du droit économique, troisième journée d'actualité internationale, 23 avril 1986 », *Cahier du Centre de droit international de*

Nanterre (C.E.D.I.N.), n° 3, pp. 155 à 168. (VI.2.4.9.)

- De simples « commentaires » à une « action commune » : la naissance d'une politique juridique communautaire en matière d'extraterritorialité, *Europe*, Février 1997, pp. 8 à 9. (VI.2.2.)
- L'extraterritorialité revisitée – Où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres..., *A.F.D.I.*, 1992, Vol. XXXVIII, pp. 239 à 313.

STOUFFLET (J.)

- Appréciation critique de l'intégration du marché des banques, *Cah. Dr. Eur.*, 1989, n° 5-6, tirage à part, pp. 517 à 521. (document à part.)
- Cessions de créances dans le commerce international, Projet de convention de la C.N.U.D.C.I., in « Chronique de droit bancaire européen et international », *R.D.B.B.*, 2001, pp. 107 à 110, et p 244. (VIII.6.5. et VIII.6.6.)
- Incidences internationales de la réforme de l'usure par la loi du 1^{er} août 2003, *R.D.B.F.*, 2004, pp. 127 et 128.
- La compétence extraterritoriale du droit de la concurrence de la Communauté économique européenne, *Clunet*, 1971, pp. 487 à 500. (VI.2.3.)
- La garantie des dépôts bancaires en France après l'entrée en vigueur de la directive 94/19/CE, in *Etudes en droit bancaire et financier, Mélanges Jean PARDON*, Bruylant, Bruxelles, 1996, tirage à part, pp. 485 à 503. (document à part.)
- La protection du consommateur faisant appel au crédit, premières réflexions sur la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, in *Etudes offertes au Professeur Emérentienne DE LAGRANGE*, Faculté de Clermont I, L.G.D.J., Paris, 1978, pp. 225 à 245.
- Le contrôle du secteur bancaire (Francia), in *I controlli nel settore creditizio nei paesi della C.E.E., a cura di Alessandro ANASTASI*, Giuffrèeditore, 1977, pp. 125 et s. (VIII.1.3.)
- Le monopole des banques quant à la réception des fonds en dépôt, in *Etudes de droit Commercial à la mémoire de Henry CABRILLAC*, librairies techniques, Paris, 1968, pp. 437 à 453. (VIII.1.9.)
- Le statut bancaire français, *Revue de la banque (belge)*, 2/1993, pp. 91 à 95.
- Les aspects internationaux de l'affacturage, *P.A.*, 1996, n° 88, pp. 27 et s. (VIII.6.1.)
- Les conflits de lois en matière de crédits bancaires, *T.C.F.D.I.P.*, 1967, pp. 91 et s. (VIII.6.4.)
- Les conflits de lois en matière d'opérations de banque, Rapport aux journées d'étude de droit bancaire, *Annales de la Faculté de droit de Clermont Ferrand*, 1965, pp. 206 à 216. (VIII.6.3.)
- L'apport au droit français de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, *Banque et droit*, 2003, n° 90, pp. 37 à 39.
- L'implantation bancaire française en République Arabe d'Egypte (résultats et perspectives), *Bulletin du Centre de documentation, d'études juridiques, économiques*

et sociales, n° 9, juin 1979, pp. 50 à 54.

- L'œuvre normative de la Chambre de Commerce International dans le domaine bancaire, in *Droit des relations économiques internationales, Mélanges GOLDMAN*, Litec, Paris, 1982, pp. 361 à 371. (IX.4.1.)
- L'organisation française du secteur bancaire, in *Etudes dédiées à René ROBLOT, Aspects actuels du droit commercial français*, L.G.D.J., Paris, 1984, pp. 381 à 400.
- L'ouverture de crédit bancaire en droit international privé, *Clunet*, 1966, pp. 582 à 600.
- L'unification internationale du droit des affaires, *R.J.A.*, 1997-1998, pp. 7 à 17. (V.6.12.)
- Monnaie électronique, in « Chronique de droit bancaire européen et international », *R.D.B.B.*, 2000, n° 4, pp. 247 à 248. (XII.3.5.)
- Nouvelles interventions législatives dans les relations entre les établissements de crédit et leurs clients, *R.D.B.B.*, 2002, pp. 36 à 42. (VIII.1.11.)
- Opposabilité aux tiers de la cession de créance dans le commerce international (projets de convention C.N.U.D.C.I. et de réforme de la Convention de Rome, *R.D.B.F.*, 2004, pp. 128 et 129.
- Organisation des banques, statuts et contrôle des établissements de crédit en France, *Cycle de conférences de droit comparé*, Association des Banques du Liban, Institut d'Etudes Judiciaires, Beyrouth, 1974, pp. 13 à 46. (VIII.1.2.)
- Problèmes juridiques posés par l'activité des banques étrangères en France, in *L'activité des banques étrangères en France*, P.U.F., 1974, pp. 9 et s. (VIII.1.5.)
- Rapport au VIII^{ème} Congrès international de droit pénal, *R.I.D.P.*, 1960, pp. 515 à 526.
- Rapport de l'ouvrage « law of banking in East-West Trade », Sijthoff, Leiden, Oceana publications Inc. Dobbs Ferry New York, 1973, de MEZNERICS (I.), in *R.C.D.I.P.*, 1975, pp. 833 à 834. (VIII.5.13.)
- Rémunération des dépôts à vue – Affaire “La Caixa”, Chronique de droit bancaire européen et international, *R.D.B.B.*, 2002, pp. 335 à 336.
- Succursales et filiales de sociétés étrangères, in *Festschrift für Hermann JARRHEIß, zum 80. Geburtstag, 19 August 1974, Herausgeben vom Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität zu Köln*, Carl Heymanns Verlag KG – Köln – Berlin – Bonn – München, 1974, pp. 297 à 312.
- Transfert de titres, valeurs mobilières, Projet de convention internationale PRIMA, in « Chronique de droit bancaire européen et international », *R.D.B.B.*, 2001, pp. 244 à 245. (VIII.6.6.)
- Voir aussi : DESCHANEL (J.P.), GAVALDA (C.), KEGEL (G.).

STOYANOVITCH (K.)

- La réalité du droit international, *Clunet*, 1959, pp. 32 à 99. (IV.6.10.)

STROWEL (A.)

- La propriété intellectuelle et le commerce électronique, in « le droit des affaires au XXI^{ème} siècle », colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, 2001, n° 1, pp. 31 à 42. (IX.5.5.3.)

STURM (F.)

- Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois ?, *Clunet*, 1979, pp. 259 à 272. (VI.5.4.)

SURVILLE (F.)

- De la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du droit international privé, *Clunet*, 1889, pp. 528 et s. (VI.1.1.)

SWEERTS (F.)

- L'harmonisation maximale pour la protection du consommateur européen, *Euredia*, 2000/1, pp. 5 à 10.

SYNVET (H.)

- L'application internationale de la législation sur l'usure, *R.D.B.B.*, 1990, pp. 100 à 104.
- La réforme du droit français à la lumière de la directive européenne sur les services d'investissement, Dossier « sécurité et responsabilité sur les marchés financiers », *P.A.*, 1996, n° 56, pp. 18 à 22. (XIII.3.3.)
- L'impact du droit communautaire sur le droit français des relations financières avec l'étranger, in *l'internationalisation du droit, Mélanges Yvon LOUSSOUARN*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 365 à 376. (XIII.4.17.)
- Libres propos d'internationaliste sur les obligations d'intermédiation et de concentration, *Mélanges VASSEUR*, Banque éditeur, Paris, 2001, pp. 129 à 142. (VIII.5.5.)

TCHIKAYA (B.)

- L'Internet et les « vieilles outres » du droit international, in *Mélanges en hommage à Bernard VONGLIS*, Faculté de droit et d'économie de la Martinique, Université des Antilles et de la Guyane, L'Harmattan, Paris, 2000, pp. 337 à 353.

TEYSSIÉ (B.)

- Voir CABRILLAC (M.)

THÉODORE (J.F.), MARINI (P.), KESSLER (D.), ZASS (M.), BÉZARD (P.), FÈVRE (J.P.), SCHOEN (T.), LA MARTINIÈRE (G. de)

- Dossier « le nouveau marché boursier européen au 1^{er} janvier 1996 », débats, *P.A.*,

1996, n° 5, pp. 5 à 34. (XIII.4.5.)

THÉVENOZ (L.)

- La continuité des contrats affectés par l'Union économique et monétaire selon le droit suisse, colloque international « *la monnaie unique et les pays tiers* », tirage à part, Schulthess Juristische Medien SA, Zurich, 2000, pp. 155 à 210. (XI.9.)
- Le droit bancaire privé suisse, *R.S.D.A.*, 4/1999, tirage à part, pp. 192 à 201. (XI.7.)
- Les règles de conduite des négociants, *R.S.D.A.*, numéro spécial « Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières », 1997, tirage à part, pp. 20 à 26. (XI.8.)
- Quelques remarques en guise de conclusion, in colloque international « *la monnaie unique et les pays tiers* », tirage à part, Schulthess Juristische Medien SA, Zurich, 2000, pp. 381 à 389. (XI.5.)

THIVEAUD (J.M.)

- Le phénomène financier et les marchés financiers en perspective historique : des sociétés antiques à la création de la Bourse de Paris, en 1724, *R.E.F.*, 01/07/1998, pp. 21 à 43. (IX.2.6.)

TIMBAL (P.C.)

- La contribution des auteurs et de la pratique coutumière au droit international privé du moyen âge, *R.C.D.I.P.*, 1955, pp. 17 à 32. (VI.5.3.)

TIMSIT (G.)

- La codification, transcription ou transgression de la loi ?, *Droits*, 1996, n° 24, pp. 83 à 93.

TISON (M.)

- La discrimination dans la vie des affaires, Rapport belge, Financial law institute, Working Paper Series, WP 2001-05, juin 2001, Universiteit Gent.
- Libre prestation de services et nullité d'opérations bancaires pour défaut d'agrément – quelles leçons tirer de la jurisprudence ?, *R.D.B.B.*, 1995, pp. 171 à 179.

TIZZANO (A.)

- La personnalité internationale de l'Union européenne, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 171 à 204.

TONNELIER (M.H.) et DUPUIS-TOUBOL (F.)

- Le commerce électronique vaut bien une réforme du droit de la preuve, *J.C.P.*, éd. E.,

1998, pp. 2011 à 2021. (XII.2.5.)

TORCK (S.)

- La réforme du démarchage financier par la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, *Dr. Sociétés*, janvier 2004, pp. 5 à 11.

TRÉBULLE (F.G.)

- L'incidence de la réforme du droit de la preuve sur le droit bancaire, *R.D.B.B.*, 2000, pp. 114 à 119. (IX.2.19.) (XII.4.13.)

TREPPOZ (E.)

- Voir NOURRISSAT (C.).

TRINCKVEL (A.) et ALIX (T.)

- La relation client en question, Dossier « la banque et Internet », *Banque magazine*, mai 1999, n° 603, pp. 32 à 33. (XII.4.9.)

VALETTE (D.)

- Les structures de contrôle des marchés financiers et du crédit en France, *Revue de la Banque (belge)*, 2/1993, pp. 97 à 103.

VAN BEMMELEN (J.M.)

- Rapport général provisoire sur la question de l'application de la loi pénale étrangère par le juge national, VIII^{ème} Congrès international de droit pénal, *R.I.D.P.*, 1960, pp. 515 à 526.

VAN DER BEEK (A.)

- L'influence du droit communautaire sur le secteur bancaire, *R.I.D.E.*, 1992-1, pp. 3 à 55. (XIII.2.5.)

VAN GERVEN (W.)

- Convention de Rome, Traité de Rome et prestations de services dans le secteur financier, *Banque et droit*, hors série, juin 1993, pp. 23.

VAN HECKE (G.)

- Crédits bancaires internationaux et conflits de lois, *D.P.C.I.*, octobre 1977, tome 3, n° 4, pp. 497 à 505.
- L'effet sur le marché comme facteur de rattachement du droit de la concurrence, in *Etudes de droit international privé en l'honneur de Pierre LALIVE*, Bâle- Francfort, éd. Helbing et Lichtenhahn, 1993, pp. 73 à 79. (V.5.1.)

- Universalisme et particularisme des règles de conflit au XXème siècle, in *Mélange Jean DABIN*, Sirey, 1963, Paris, pp. 939 à 952. (VI.5.7.)

VAN HOUTTE (H.)

- La modélisation substantielle, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 207 à 236.

VAN HUFFEL (M.)

- Voir BOURGOIGNIE (Th.).
- Voir ROLIN JACQUEMYNS (L.).

VAN OVERSTRAETEN (T.)

- Droit applicable et juridiction compétente sur Internet, *R.D.A.I.*, 1998, n° 3, pp. 373 à 397 (article en français et en anglais). (XII.5.2.)

VAN RAEPENBUSCH (S.)

- L'émergence de l'union européenne dans l'ordre juridique international, in *Etudes de droit européen et international, Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 261 à 299.

VAREILLES-SOMMIERES (P. de)

- Glossaire de l'application judiciaire de la loi étrangère, in *Etudes offertes à Jacques NORMAND, Justice et droits fondamentaux*, Litec, Paris, 2003, pp. 485 à 505.
- Le *forum shopping*, *T.C.F.D.I.P.*, 1998-2000, pp. 49 et suivantes.

VARII AUCTORES

- Discussion, in « L'application extraterritoriale du droit économique, troisième journée d'actualité internationale, 23 avril 1986 », *Cahier du Centre de droit international de Nanterre (C.E.D.I.N.)*, n° 3, pp. 81 à 105 et pp. 131 à 153. (VI.2.4.5. et VI.2.4.8.)
- La banque et le consommateur en Europe, Atelier du 2 décembre 1998, *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, juillet/août 1999, pp. 42 à 51.
- La « net-économie », table ronde du 16 février 2000, *Cah. Dr. Ent.*, 2000, pp. 29 à 40. (XII.5.3.)
- La vente à distance, in *Les contrats et méthodes de vente*, *R.F.* n° 889, pp. 67 à 86. (III.2.7.)
- Le nouveau code de commerce – les incertitudes de la codification à droit constant, *D. & P.*, 2001 n° 95, pp. 49 à 103. (IX.1.1.)
- Les notes bleues de Bercy, n° 174, 1^{er} au 15 janvier 2000, *J.C.P. éd. E.*, 2000, pp.212 à 213. (VIII.1.8.)

- Services d'investissement : la nouvelle organisation des marchés, Dossier, *Banque magazine*, 2003, pp. 19 à 33.

VASSEUR (M.)

- Des aspects juridiques de l'Europe financière et, plus particulièrement, bancaire, *R.D.A.I.*, n° 2, 1991, pp. 171 à 211.

VAUPLANE (H. de)

- Le droit bancaire et la mondialisation des marchés financiers, in « le droit des affaires au XXI^{ème} siècle », colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, *R.J.Com.*, 2001, n° 1, pp. 187 à 211. (IX.5.5.14.)

VAUPLANE (H. de) et BORNET (J.P.)

- Les difficultés de la transposition de la directive européenne services en investissements, *P.A.*, 1995, n° 8, pp. 25 à 29. (XIII.3.1.)

VAUPLANE (H. de) et DAIGRE (J.J.)

- Critère de localisation de titres dématérialisés. Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur titres détenus auprès d'un intermédiaire, *Banque et droit*, 2003, n° 87, pp. 33 à 36.
- D.S.I. – Proposition de révision, redélimitation des services d'investissement, *Banque et droit*, 2003, n° 89, page 41.
- Révision D.S.I. – Projet de loi sécurité financière – instruments financiers à terme sur marchandises – définitions, *Banque et droit*, 2003, n° 88, pp. 38 à 41.

VERHOEVEN (J.)

- Souveraineté et mondialisation : libres propos, in *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – C.N.R.S., Travaux du Centre de Recherches sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Vol. 19, Litec, Paris, 2000, pp. 43 à 57.

VIALANEIX (Th.)

- La notion d'intermédiaire en opérations financières, *Banque et droit*, 2003, n° 87, pp. 24 à 29.

VIDAL (D.)

- La mondialisation et le droit des sociétés, *Dr. Sociétés*, 2001, n° 5, page 3. (VI.6.6.)

VIENNOIS (J.P.)

- La portée du droit communautaire de la concurrence et le mythe du champ

d'application exclusif du droit national, *R.T.D.Com.*, 2002, pp. 1 à 16. (XIII.1.15.)

VIGNAL (T.)

- Réflexions sur le crédit immobilier en droit international privé, in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, Paris 1999, pp. 545 à 557. (VIII.5.14.)

VIGOUROUX (C.)

- Alice au pays de la codification à droit constant, *R.F.A.P.*, 1997, pp. 187 à 192.

VIOLLET (X.)

- Développer la banque en ligne, Dossier « la banque et Internet », *Banque magazine*, mai 1999, n° 603, pp. 26 à 28. (XII.4.9.)

VIVANT (M.)

- Quel droit pour les flux transfrontières de données ?, *R.I.D.E.*, 1988-3, pp. 255 à 264. (XII.2.16.)

VOULGARIS (I.)

- Réflexions sur l'approche comparative de la qualification en droit international privé, *In D'ici, d'ailleurs, harmonisation et dynamique du droit, Mélanges Denis TALLON*, Société de Législation Comparée, Paris, 1999, pp. 193 à 205. (V.6.7.)

VUILLEMIN (K.)

- L'agrément unique communautaire des entreprises d'investissement, *R.M.C.U.E.*, 1994, pp. 307. à 314.

WALD (A.)

- Le système bancaire brésilien. Son évolution, ses particularités, in *Mélanges VASSEUR*, Banque éditeur, Paris, 2001, pp. 143 à 167. (XI.15.)

WENGLER (W.)

- Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, pp. 168 à 212. (VI.4.1.)
- La situation des droits, *R.C.D.I.P.*, 1957, pp. 185 à 212 et 409 à 434. (IV.5.2.)

WERY (E.)

- Le droit français intègre les directives européennes sur la monnaie électronique, <http://www.droit-technologie.org> , 30 avril 2003.
- Monnaie électronique : l'événement caché, le journal du net, <http://www.journaldunet.com/juridique/juridique030610.shtml> , 10 juin 2003.

WITT (N. de)

- HOSSERAYE (J. de la)

WITZ (C.)

- L'internationalité et le contrat, in « l'internationalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 26 octobre 2001 organisé par l'université de Toulouse I », *Revue Lamy de Droit des affaires*, février 2002, supplément, pp. 59 à 66. (VI.6.11.8.)

WYLER (E.)

- L'internationalité en droit international public, in « l'internationalité : bilan et perspectives, actes du colloque du 26 octobre 2001 organisé par l'université de Toulouse I », *Revue Lamy de Droit des affaires*, février 2002, supplément, pp. 47 à 49. (VI.6.11.6.)

X...

- Le projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *J.C.P. éd. E.*, 2001, pp. 967 à 969 et pp. 1015 à 1018. (IX.2.20.)
- Projet de loi portant mesures urgentes à caractère économique et financier, *J.C.P. éd. E.*, 2001, pp. 726 à 728. (IX.2.21.)
- Projet de loi sur la société de l'information, *J.C.P. Éd. E.*, 2001, pp. 1063 à 1065. (XII.5.16.)

YATES (M.T.)

- Voir MARTINAUD (P.)

ZASS (M.)

- Voir THÉODORE (J.F.), MARINI (P.), KESSLER (D.), ZASS (M.), BÉZARD (P.), FÈVRE (J.P.), SCHOEN (T.), LA MARTINIÈRE (G. de)

Rapports, recommandations et organisations professionnelles

ASSOCIATION FRANÇAISE DES BANQUES (A.F.B.)

- Activité bancaire, <http://www.afb.fr/urbanfi2-1.htm> . (X.2.1.), (XIII.5.5.) DOUBLON
- Activité de prestataire de services d'investissement <http://www.afb.fr/urbanfi2-2.htm> . (X.2.2.), (XIII.5.6.) DOUBLON

- Application des directives bancaires à l'espace économique européen
<http://www.afb.fr/urbanfi1-9.htm> . (X.3.9.8.), (XIII.5.4.) DOUBLON
- Économie financière internationale, les effets de la technologie sur le système bancaire européen, Synthèse du rapport établi par le Comité de la supervision bancaire de la banque centrale européenne, <http://www.afb.fr/effetech.htm> . (X.6.1.)
- Euro et restructuration du système bancaire en Europe, Direction des Etudes et de la Stratégie, décembre 1999, <http://www.afb.fr/resteuro.htm> . (X.5.1.)
- Extrait du livre blanc sur les élections européennes du 13 juin 1999, <http://www.afb.fr/extraitlb.htm> . (XIII.4.10.1. à 19.)
- La Commission, <http://www.afb.fr/urbanfi1-3.htm> . (X.3.9.9.)
- La Cour de Justice, <http://www.afb.fr/urbanfi1-6.htm> . (X.3.9.5.)
- La Procédure, <http://www.afb.fr/urbanfi1-8.htm> . (X.3.9.7.), (XIII.5.3.) DOUBLON
- Le Conseil, <http://www.afb.fr/urbanfi1-2.htm> . (X.3.9.2.)
- Le Conseil Economique et Social, <http://www.afb.fr/urbanfi1-5.htm> . (X.3.9.4.)
- Le Parlement européen, <http://www.afb.fr/urbanfi1-4.htm> . (X.3.9.3.)
- Le recours privilégié à la directive, <http://www.afb.fr/urbanfi1-7.htm> . (X.3.9.6.), (XIII.5.2.) DOUBLON
- Marchés de valeurs mobilières et O.P.C.V.M., <http://www.afb.fr/urbanfi2-3.htm> . (X.2.3.), (XIII.5.7.) DOUBLON
- Point de presse du 12 juillet 2000, <http://www.afb.fr/> . (XIII.4.9.1. et 2.)
- Protection des consommateurs, <http://www.afb.fr/urbanfi2-5.htm> . (X.2.5.)
- Rappels historiques de la construction européenne, <http://www.afb.fr/urbanfi1-1.htm> . (X.3.9.1.)
- Systèmes et moyens de paiement, <http://www.afb.fr/urbanfi2-4.htm> . (X.2.4.), (XIII.5.8.) DOUBLON
- Typologie des systèmes bancaires européens, analyse critique du rapport du Comité de surveillance bancaire, <http://www.afb.fr/bce.htm> . (XI.3.)

ASSOCIATION FRANÇAISE DES ENTREPRISES D'INVESTISSEMENT

- Consultation de la Commission européenne relative à la révision de la Convention de Rome, 15 septembre 2003, AFEI/03-39.

BANQUE DE France

- Note technique B.A.F.I. n° 5, Fichier des implantations bancaires, règles générales de collecte des informations, et formulaire, <http://www.banque-france.fr/fr/telechar/2g12.pdf>. (X.4.3. et 4.)
- Le Comité Consultatif, Note d'information n° 113, Direction de la communication, mars 1999, <http://www.banque-france.fr/fr/telechar/note113.pdf>. (X.3.3.)
- Le Conseil National du Crédit et du Titre, Note d'information n° 110,

<http://www.banque-france.fr/fr/telechar/cnct110.pdf>. (X.3.2.)

- Le rôle du Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement, Note d'information n° 123, Direction de la communication, décembre 2000, <http://www.banque-france.fr/fr/telechar/note123.pdf>. (X.3.6.)
- Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace, http://www.banque-france.fr/fr/infobafi/cb/1_1.htm . (X.5.2.1. et 2.)

BUREAU EUROPEEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS (B.E.U.C.)

- Commentaires du B.E.U.C. à propos de la Communication de la Commission sur le Commerce électronique et les services financiers, 23 juillet 2001, BEUC/X/167/2000
- Communiqué de presse PR 012/2002.
- Discours de Jim MURRAY, Directeur du B.E.U.C., au nom du Groupe de Liaison Dialogue sur les services financiers, à l'occasion de la signature de l'accord européen relatif à un Code de Conduite Volontaire concernant les Informations préalables au contrat de Prêts Immobiliers, 5 mars 2001, BEUC/X/127/2000
- Lettre adressée aux représentants des Etats membres avant le Conseil Consommateur, le 8 novembre 1999, BEUC/X/024/2000
- Rapport annuel pour 2002, mai 2003, BEUC/140/2003
- Rapport du 26 septembre 1998, Révision de la législation de l'UE en matière de services financiers, BEUC/X/005/2000
- Rome I, B.E.U.C. Position paper concerning the Commission's Green Paper, 15 septembre 2003, BEUC/X/039/2003.

CENTRE DE RECHERCHES CRITIQUES SUR LE DROIT (CERCRID)

- *Le droit au contact de l'innovation technologique*, Université Jean Monnet, Saint Etienne, 1987. (XII.2.19.)

CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS (C.C.I.P.) et ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LE COMMERCE ET LES ÉCHANGES ÉLECTRONIQUES (A.F.C.E.E.)

- Contrat-type de commerce électronique commerçants-consommateurs, *J.C.P., éd. E.*, 1998, pp. 1579 à 1581. (XII.1.7.)
- La loi applicable au contrat : vers une communautarisation de la convention de Rome de 1980, réactions de la CCIP au livre vert de la Commission européenne, 3 juillet 2003.

COMITÉ DE BÂLE

- Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace, septembre 1997, http://www.banque-france.fr/fr/telechar/infobafi/cb/1_1.htm.

COMITÉ DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT ET DES ENTREPRISES

D'INVESTISSEMENT (C.E.C.E.I)

- Avis relatif à la liste des établissements relevant du Code monétaire et financier établie au 31 août 2001, arrêtée au 31 décembre 2001, J.O. du 30 mai 2002, annexe au n° 124, <http://www.banque-france.fr/fr/telechar/2002/joec2001.pdf> (X.1.2.)
- Avis relatif à la liste des prestataires de services d'investissements habilités à exercer en France conformément à l'article L.612-2 du code monétaire et financier, arrêtée au 31 décembre 2001, J.O. du 30 mai 2002, annexe au n° 124, <http://www.banque-france.fr/fr/telechar/2002/jopsi2001.pdf> (X.1.3.)
- Dispositions applicables à l'activité en France des établissements de crédit ayant leur siège social dans un autre Etat de l'Espace Economique Européen, <http://www.banque-france.fr/fr/telechar/rig.pdf> (X.2.9.)
- Dossier d'agrément, <http://www.banque-france.fr/fr/telechar/agreec.doc> ; <http://www.banque-france.fr/fr/telechar/agrepsi.doc> ; <http://www.banque-france.fr/fr/telechar/agreei.doc>. (X.4.2.1. et 2.)
- Dossier de changement de contrôle d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement, <http://www.banque-france.fr/fr/telechar/chgtctrl.pdf>. (X.4.2.3.)
- La libre prestation de services d'investissements, Rapport au C.E.C.E.I, approuvé par le comité lors de sa réunion du 20 novembre 1998, <http://www.banque-france.fr/fr/telechar/lps2.pdf>. (X.2.8.)
- Notice relative aux demandes et déclarations présentées au Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement, 12 décembre 2000, <http://www.banque-france.fr/fr/telechar/notice.pdf>. (X.4.1.)
- Rapport annuel pour 1999. (X.1.1.1. et 2.)(X.2.6. et 7.) (X.5.3.)
- Rapport annuel pour 2001, <http://www.banque-france.fr/fr/telechar/ceceic5.pdf>

COMITÉ INTERMINISTÉRIEL D'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE (C.I.A.D.T.)

- Extrait du dossier de presse concernant les activités numériques, juillet 2001, <http://www.internet.gouv.fr/français/textesref/ciadt2001/dosspress.htm> . (X.6.2MAG.)

COMITÉ JURIDIQUE DE L'A.F.E.I

- Consultation de la Commission européenne relative à la révision de la Convention de Rome, A.F.E.I. 03-39, 15 septembre 2003.
- La fourniture de services et de produits financiers à l'épreuve d'Internet : quel environnement juridique pour les prestataires de services d'investissement ?, Rapport d'un groupe de travail constitué par le Comité juridique de l'A.F.E.I, Paris, 2000.
- Services d'investissement et passeport européen – conditions de la libre prestation de services, Rapport d'un groupe de travail constitué par le Comité juridique de l'A.F.E.I, Paris, juin 1998, <http://www.afei.com/fr/fr-docs/affjur98-08.pdf> .

COMMISSION BANCAIRE

- Accords de coopération entre les autorités de contrôle bancaire européennes, *Bull. commission bancaire*, novembre 1993, n° 9, études, pp. 31 à 39. (XIII.6.1.)
- L'Espace Économique Européen, *Bull. commission bancaire*, novembre 1994, n° 11, études, pp. 25 à 36. (XIII.1.1.)
- Livre blanc, décembre 2000, Internet, quelles conséquences prudentielles ? <http://www.banque-france.fr/fr/telnomot/infobafi/lbinet.pdf> .
- Transposition de la directive relative à la monnaie et aux établissements de monnaie électronique, *Bull. commission bancaire*, avril 2003, n° 28, pp. 23 à 28.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

- Communication relative au commerce électronique et aux services financiers, *Doc. COM CE n° 66 final*, 7 février 2001.
- Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne, du 2 octobre 2001, COM (2001) 531 final
- Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, du 14 janvier 2003, COM (2002) 654 final.
- Rapport global de suivi des préparatifs menés par Chypre en vue de son adhésion, http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_2003/pdf/cmr_cy_final_fr.pdf .
- Rapport global de suivi des préparatifs menés par Malte en vue de son adhésion, http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_2003/pdf/cmr_mt_final_fr.pdf
- Rapport global de suivi des préparatifs menés par la République Tchèque en vue de son adhésion, http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_2003/pdf/cmr_cz_final_fr.pdf

COMMISSION DES OPÉRATIONS DE BOURSE (C.O.B)

- Accord relatif à la charte du comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, *Bull. C.O.B*, n° 358, juin 2001, pp. 65 à 71.
- Mise en œuvre de la directive sur les services d'investissement, *Bull. C.O.B*, n° 282, juillet/août 1994, pp. 17 à 26.
- Rapport 1997 (IX.4.5.)
- Rapport 2000 sur les actions traçantes. (IX.2.5.)

COUR DE CASSATION

- *Rapport pour 1998*, la documentation française, pp. 238 à 239. (VIII.4.2.)

DELEGATION DE L'ASSEMBLEE NATIONALE POUR L'UNION EUROPEENNE

- L'union européenne élargie, les traités de Rome et de Maastricht, textes comparés, La documentation française, Paris 1995.

DELMAS-MARTY (M.), GIUDICELLI-DELAGE (G.), LAMBERT-ABDELGAWAD (E.) (sous la direction de)

- Rapport final sur l'harmonisation des sanctions pénales en Europe – The harmonization of criminal sanctions in Europe, Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris (Université de Paris I/CNRS UMR 8103), Avril 2003, Société de Législation comparée, 2003.

EUROPLACE

- Livre blanc, Comité de Droit financier, décembre 2003.

FEDERATION BANCAIRE EUROPEENNE (F.B.E.)

- F.B.E. Observations on the European Commission's Green Paper COM(2002) 654 final, 29 September 2003, P3070FEP, enclosure to Letter n° 0768.

FEDERATION BANCAIRE FRANÇAISE

- Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sa modernisation, 15 septembre 2003.

FORUM DE STABILITÉ FINANCIÈRE

- Rapport du 5 avril 2000, (IX.4.6.)

GIULIANO (M.) et LAGARDE (P.)

- Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, J.O.C.E. n° C-282, du 31 octobre 1980, pp. 1 à 50.

GROUPE EUROPEEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (G.E.D.I.P.)

- Réponse au livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, 19-21 septembre 2003.

HOGUET (P.)

- Rapport d'information n° 2948, sur l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) deux ans après la signature de l'Accord de Marrakech : une entreprise encore inachevée, les documents d'information, Assemblée Nationale, enregistré le 2 juillet 1996.

LONDON INVESTMENT BANKING ASSOCIATION (L.I.B.A.)

- L.I.B.A. response to European Commission's Green Paper on the conversion of the law applicable to contractual obligations into a Community instrument, and its

modernisation, <http://www.liba.org.uk>.

MINISTERE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE

- Conférence ministérielle, Singapour, 9-13 décembre 1996, déclaration ministérielle sur le commerce des produits des technologies de l'information auprès de l'O.M.C, <http://www.finances.gouv.fr/omc2000/singap2.htm>
- La nouvelle donne du commerce électronique : réalisations 1998 et perspective, in « rapport de la mission pour le commerce électronique, groupe de travail n° 20 », http://www.finances.gouv.fr/mission_commerce_electronique/travaux.../20_devlocal.html. (XII.1.6.)
- Pour une police internationale des paradis bancaires et fiscaux, http://www.finances.gouv.fr/omc2000/DSK_0110.htm

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE (O.C.D.E.)

- *Banking and electronic fund transfers*, Rapport de M. REVELL (J.R.S.), O.C.D.E., Paris, 1983.
- Le commerce électronique, O.E.C.D. Policy Brief, n° 1-1997, http://www.oecd.org/publications/Pol_brief/9701f_Pol.htm . (XII.1.8.)
- Les pouvoirs publics face à l'internationalisation des activités bancaires, Rapport de M. PECCHIOLI (R.M.), O.C.D.E., Paris, 1983.

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (O.M.C.)

- Conférence ministérielle, deuxième session, Genève, 18 et 20 mai 1998, Déclaration sur le commerce électronique mondial, adoptée le 20 mai 1998, http://www.wto.org/wto/french/ecomf/e_mindec1f.htm
- Déclaration du Directeur Général de l'O.M.C, M. Renato RUGGIERO, concernant l'accord sur les services financiers, <http://wto.org/wto/french/servicef/dgfinf.htm>
- État des acceptations du cinquième Protocole annexé à l'Accord Général sur le Commerce des Services, <http://wto.org/wto/french/servicef/statfinf.htm>
- La libération des services financiers aide les économies sans compromettre leur droit de réglementer, <http://wto.org/wto/french/pressf/press76f.htm>
- Non-attributable summary of the main improvements in the new financial services commitments, 15 February 1999, <http://wto.org/wto/services/finsum.htm>
- Programme de travail sur le commerce électronique, adopté par le conseil général le 25 septembre 1998, http://www.wto.org/wto/french/tratop_f/ecom_f/wkprog_f/htm .
- Rapport 1998 du comité du commerce et du développement, http://www.wto.org/french/tratop_f/devel_f/ .
- Rapport 1998 du conseil du commerce des marchandises, http://www.wto.org/french/tratop_f/gatt_f/ .

- Rapport 1998, n° 98-4909 du conseil du commerce des services, http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/ .
- Résultats des négociations sur les services financiers dans le cadre de l'Accord Général sur le Commerce des Services (A.G.C.S.), <http://wto.org/wto/french/servicef/finbackf.htm>
- Summary of specific commitments, <http://www.wto.org/wto/services/websum.htm> .

RACINE (J.B.) et alii.

- Réponse à la communication du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats, http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.30.pdf

SECRETARIAT DU G.A.T.T.

- Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay, textes juridiques, Genève, 1994.

UNIVERSITE PARIS I PANTHEON-SORBONNE – UMR REGULATION DES ACTIVITES ECONOMIQUES ET SOCIALES

- Réponse à la communication sur le droit européen des contrats de la commission européenne, http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.32.pdf

Conclusions et notes de jurisprudence

ANCEL (B.)

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 janvier 1993, Consorts Coucke, *R.C.D.I.P.*, 1994, pp. 78 à 82.

ANCEL (B.) et MUIR WATT (H.)

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 février 2000, *R.C.D.I.P.*, 2000, pp. 778 à 785.

AUDIT (M.)

- Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 19 octobre 1999, Mme Moquin c/ Deutsche Bank AG et autres, *D.* 2000, Jurisprudence, pp. 765 à 768. (XIX.1.8.)

AVENA-ROBARDET (V.)

- Note sous Cass. Crim. 5 mars 1998, *D. Affaires*, 1998, 876.

BEAUCHARD (J.)

- Note sous Cass. Com. 9 mars 1999, *D.* 2000, Jurisp., pp. 769 à 770. (VIII.5.9.)

BONNEAU (Th.)

- Note sous Cass. Com. 3 décembre 2002, *Banque et droit*, 2003, n° 89, page 55.

BOULOC (B.)

- Note sous Cass. Crim. 5 mars 1998, *Rev. Sociétés* 1998, 412.

CABRILLAC (M.)

- Note sous C.A. PARIS, 2^{ème} ch. B., 17 juin 1999, DIPO c/ Tillon, *R.T.D.Com.*, 2000, pp. 154 à 155. (XVIII.1.84.)
- Note sous C.A. PARIS, 1^{ère} ch. G., 14 juin 2000, Sté Parodi c/ Banque de Bary, *R.T.D.Com.*, 2000, pp. 989 à 990. (XVIII.1.4.3.)
- Note sous Cass. Com, 20 octobre 1998, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, et sous Cass. Com., 20 octobre 1998, Epoux Seyve c/ IPPA, *R.T.D.Com.*, 1999, pp. 166 à 168.

CHEVRIER (E.)

- Note sous Cass. Com., 28 novembre 2000, SA Allium, *D.*, 2001, n° 3, Jurisprudence, pp. 305 à 306.

CRÉDOT (F.J.) et GÉRARD (Y.)

- Note sous C.A. NANCY, 25 novembre 1992, inédit, *R.D.B.B.*, 1993, n° 39, pp. 222 à 224. (VI.3.1.)
- Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 24 février 1993, *R.D.B.B.*, 1993, page 126.
- Note sous Cass. Com., 3 décembre 2002, Désidéri c/ Consorts Multedo, pourvoi n° H 00-16.957, arrêt n° 2045 FS-P, *R.D.B.F.*, 2003, pp. 91 à 92.
- Note sous Cass. Com., 7 janvier 2004, *R.D.B.F.*, 2004, pp. 88 et 89.

CRÔNE (R.)

- note sous C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros Ltd c./ Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Aff. C-212/97, *Defrénois*, 1999, pp. 1314 à 1315.

DAGORNE-LABBÉ (Y.)

- Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juillet 1989, *J.C.P. éd. G.*, 1990, II, 21546.

DEGUEE (J.P.)

- Pratique du « *forum shopping* » et exigences en matière bancaire et financière, Note sous C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Euredia*, 1999/3, pp. 381 à 397.

DOM (J.P.)

- Note sous C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros Ltd c./ Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Aff. C-212/97, *Bull. Joly*, 1999, pp. 705 à 712.

FRANCESCAKIS (Ph.)

- Note sous Cass. Civ., 1^{ère} section, 21 novembre 1961, *Montefiore c/ colonie belge du Congo*, *D.* 1963, p. 37.

FRISON-ROCHE (M.A.), GERMAIN (M.), MARIN (J.C.) et PÉNICHON (C.)

- Note sous CE 20 décembre 2000, *R.D.B.F.*, 2001, p. 100. (XVIII.1.85.)

GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.).

- Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 24 février 1993, *J.C.P. éd. G.*, 1993, I, n° 302, page 559.
- Note sous Cass. Crim, 3 novembre 1994, *J.C.P., éd. E.*, 1996, I, 525, n° 1.

GOLDMAN (B.)

- Note sous Cass. Civ., 1^{ère} section, 21 novembre 1961, *Montefiore c/ colonie belge du Congo*, *Clunet*, 1962, 686.

GRANIER (Th.)

- Note sous Cass. Crim. 11 mai 2000, n° 3140 PF, B et K, *Bull. Joly bourse*, 2000, § 94, pp. 458 à 462.

IDOT (L.)

- Note sous C.J.C.E., 9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd*, aff. C-381/98, *Europe*, 2001, page 18. (XIX.2.5.)

LAGARDE (P.)

- Note sous Cass. Civ., 1^{ère} section, 21 novembre 1961, *Montefiore c/ colonie belge du Congo*, *R.C.D.I.P.*, 1962, 329.
- Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 19 octobre 1999, *Mme Moquin c/ Deutsche Bank AG et autres*, *R.C.D.I.P.*, 2000, pp. 29 à 34. (XIX.1.6.)

LA PERGOLA (A.)

- Conclusions sous C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros*, Aff. 212/97, *R.J.D.A.*, 7/99, pp. 603 à 612.

LASSALAS (C.)

- Note sous Cass. Crim. 30 mai 1996, Tuffier, *P.A.*, 1996, n° 139, pp. 7 et suivantes. (IX.3.10.)

LEVENEUR (L.)

- Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 1996, *Cont. Conc. Consomm.*, 1996, 166.

LIENHARD (A.)

- Civ. 1^{ère}, 15 mai 2001, *D. Affaires*, 2001, 1879.

LOUIS-LUCAS (P.)

- Note sous Cass. Civ., 1^{ère} section, 21 novembre 1961, Montefiore c/ colonie belge du Congo, *J.C.P.*, 1962, II, 12521.

MAINGUY (D.)

- Note sous C.A. PARIS, 30 novembre 2001, *D. & P.*, 2002, n° 105, pp. 111 et 112. (XIX.1.51.)
- Loi de police, to be or not to be ? Note sous C.J.C.E. 9 septembre 2000, Ingmar, Aff. 381/98 et Cass. Com., 28 novembre 2000, SA Allium, *D. & P.*, 2001, n° 96, pp. 109 et 110.

MENJUCQ (M.)

- Note sous C.J.C.E., 5 novembre 2002, Aff. C-208/00, Überseering BV c/ Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), *J.C.P. éd. E.*, 2003, n° 448, pp. 520 à 526.

MESTRE (J.)

- Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 1996, *Cont. Conc. Consomm.*, 1997, 116.

PERDRIAU (A.)

- Note sous Cass. Com. 26 février 2002, *P.A.*, 2002, n° 107, pp. 7 à 8. (V.6.13.)

POLLAUD-DULIAN (F.)

- Note sous Cass. Crim, 3 novembre 1994, *J.C.P.*, 1995, II, 22445.

POTTIER (I.)

- Note sous T.G.I. PARIS, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 3 mai 2000, Chambre nationale des commissaires priseurs et autres contre Société Nart Sas et Nart Outre-mer, *Gaz. Pal.*, juillet/août 2000, recueil, pp. 1827 à 1828. (XII.6.2.)

RACINE (J.B.)

- Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 19 octobre 1999, Mme Moquin c/ Deutsche Bank AG et autres, *Clunet*, 2000, pp. 328 à 341. (XIX.1.7.)

SAINTE-ROSE (J.)

- Conclusions sous Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Société UFB Locabail c/ Bermond ès qualité, *R.J.D.A.*, n° 05/00, pp. 400 à 403.

SIMON (D.)

- Note sous C.A. PARIS, 1^{ère} chambre G., 14 juin 2000, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, *Europe*, novembre 2000, Commentaires, page 19.

SOUSI-ROUBI (B.)

- Affaire Parodi suite et fin : il n'y aura pas d'arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation Française, Note sous Cass. Ord. 12 juin 2001, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, *Euredia*, 2001/2002/2, pp. 371 à 374.
- Affaire Parodi suite : la libre prestation de services bancaires enfin correctement comprise, Note sous C.A. PARIS, 1^{ère} chambre G., 14 juin 2000, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, *Euredia* 2000/2, pp. 249 à 257.
- Note sous C.A. PARIS, 1^{ère} chambre G., 14 juin 2000, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, *D.*, 2000, Commentaires, pp. 614 à 616.
- Note sous C.J.C.E. 9 juillet 1997, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, *R.D.B.B.*, 1997, page 213.
- Note sous Cass. Com, 20 octobre 1998, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, *D.*, 1999, Jurisprudence, pp. 10 à 12.
- Privation de liberté de prestation de services en France pour le secteur bancaire avant la deuxième directive, Note sous Cass. Com, 20 octobre 1998, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, *Euredia*, pp. 65 à 71.

STOUFFLET (J.)

- Note sous Cass. Com., 4 juin 2002, arrêt n° 1066 FD, Comptoir d'Escompte de Belgique et BRED c/ Dame Ballongue ; et sous Cass. Com., 2 juillet 2002, Société Fortis Banque c/ S.C.I. Loire et gestion et autres, *J.C.P., éd. E.*, 2003, 396, n° 2.
- Voir également GAVALDA (C.)

SYNVET (H.)

- Note sous C.A. PARIS, 2^{ème} chambre B, 17 juin 1999, Dipo c/ Tillon ; sous C.A. PARIS, 1^{ère} chambre G., 14 juin 2000, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, *D.*, 2000, Jurisprudence, pp. 451 à 453.

TISON (M.)

- Les rebondissements de l'affaire Parodi en France : l'activité de crédit transfrontière entre nationalisme juridique et liberté communautaire, note sous CA MONTPELLIER, 5^{ème} chambre A, 22 mars 1999, Thomas c/ ANHYP ; sous CA PARIS 15^{ème} chambre A, 26 mai 1999, Gebahi c/ Banque Ippa ; sous CA PARIS 2^{ème} chambre B, 17 juin 1999, Dipo c/ Tillon ; et sous CA AIX EN PROVENCE 15^{ème} chambre, 30 juin 1999, Dipo c/ Milano ; *Euredia*, 1999/4, pp. 551 à 590.

VASSEUR (M.)

- Note sous C.A. PARIS, 1^{ère} chambre suppl., 9 juin 1983, Société Iro-Holding c/ Société Sétilex, *Revue de l'arbitrage*, 1983, n° 4, pp. 497 à 506.

X...

- Note sous Cass. crim., 21 oct. 1841 : S. 1842, 1, p. 904
- Note sous Cass. crim., 27 févr. 1864 : S. 1864, 1, p. 341
- Note sous Cass. crim., 24 mars 1944 : DA 1944, p. 75.

TABLE DES DECISIONS CITÉES

Juridictions internationales

Cour Permanente de Justice internationale

12 juillet 1929, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, arrêt n° 14, C.P.J.I. série A, n° 20.

12 juillet 1929, *Affaire concernant le paiement en or des emprunts brésiliens émis en France*, arrêt n° 15, C.P.J.I., série A, n° 21.

Cour Internationale de Justice

28 novembre 1958, affaire *Boll*, (Pays-bas c/Suède), R.C.D.I.P., 1959, pp. 259 à 276, note BATIFFOL (H.) et FRANCESKAKIS (Ph.) ; R.C.D.I.P., 1958, pp. 626 et s., note DROZ (G.A.L.) ; T.C.F.D.I.P., 1963, pp. 109 et s., communication SIMON-DEPITRE.

Juridictions communautaires

Cour de Justice des Communautés Européennes

16 décembre 1960, *Jean-E. Humblet contre État belge*, Aff. 6/60, Rec. 1960, page 1125.

5 février 1963, *NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, Aff. 26/62, Rec. 1963, page 3.

15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ E.N.E.L.*, Aff. 6/64, Rec. 1964, page 1141.

12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, Aff. Jointes 21 à 24/72, Rec. Page 1219.

30 avril 1974, *Haegeman c/ Etat belge*, Aff. 181/73, Rec. 1974, page 459.

12 décembre 1974, *Walrave*, Aff. 36/74, Rec. 1974 page 1405.

5 février 1976, *Bresciani*, Aff. 87/75, Rec. 1976, page 3719.

23 novembre 1977, *Enka c/Inspecteur der invoerrechten en accijnzen*, Aff. 38/77, Rec. p. 2203.

10 octobre 1978, *Hansen*, Aff. 148/77, Recueil p. 1787.

18 janvier 1979, *Van Wesenmael*, Aff. 110, 111/78, Rec. 1979, page 35.

17 décembre 1981, *J. Webb*, Aff. 279/80, Rec. 1981, page 3305.

28 janvier 1986, *Commission c/ France*, Aff. 270/83, Rec. 1986, page 273.

26 février 1986, *Marshall c/Southampton and Southwest Hampshire Area Health Authority*, Aff. 152/84, Rec. p. 723.

4 décembre 1986, *Commission c/ Allemagne*, Aff. 205/84, Rec. 1986, page 3755.

24 mars 1987, *Mc Dermott et Cotter c/ Minister for Social Welfare et Attorney-General*, Aff. 286/85, Rec. 1987 page 1453.

30 septembre 1987, *Demirel*, Aff. 12/86, Rec. 1987, page 3719.

2 février 1989, *Ian William Cowan c/ Trésor public*, Aff. C-186/87, Rec. page 195.

12 juillet 1990, *Foster et autres c/British Gas*, Aff. C-188/89, Rec. p. I-3313.

26 février 1991, *Commission c/ Italie*, Aff. C-180/89, Rec. page 1991 page I-709.

25 juillet 1991, *Säger*, Aff. C-76/90, Rec. 1990, page I-4221.

25 juillet 1991, *Emmott*, Aff. C-208/90, Rec. 1991/7/I-4269.

14 décembre 1991, *Avis 1/91*, Rec. 1991, I, page 6079.

29 juin 1993, *Gouvernement de Gibraltar c/ Conseil*, aff. C-298/89, Rec. 1993, p. I-3605.

10 mai 1995, *Alpine Investments c/ministre Van Financiën*, Aff. C-384/93, Rec. 1995, I, p. 1141.

30 novembre 1995, *Gebhard*, Aff. C-55/94, Rec. 1995, I, p. 4186.

10 septembre 1996, *Commission c/ Allemagne*, Aff. C-61/94, Rec. 1996, I, page 3989.

9 janvier 1997, *Rutten c/ Cross Medical*, Aff. C-383/95, Rec. 1995, p. I-57, R.C.D.I.P., 1997, page 336, note GAUDEMET-TALLON (H.).

9 juillet 1997, *S.C.I. Parodi c/ Banque Albert de Bary et Cie*, Aff. C-222/95, Rec. 97, I, page 3914 et s.

2 décembre 1997, *Fantask A/S et autres c/ Industriministeriet (Erhvervministeriet)*, Aff. C-188/95, Rec. 1997 page I-6783.

4 décembre 1997, *Kampelmann et autres c/ Landschaftsverband Westfalen-Lippe et autres*, Aff. Jointes C-253/96 à C-258/96, Rec. page I-6907.

13 juin 1998, *Hermès International*, Aff. C-53/96, Rec. 1998, I, page 1886.

12 novembre 1998, *Italie c/ Conseil*, Aff. C-352/96, Rec. 1998, I, page 6937.

28 janvier 1999, *Commission des Communautés européennes c./ Grand Duché de Luxembourg*, Aff. C-417/97, Rec. 1999, page I-3247, Conclusions SAGGIO.

9 mars 1999, *Centros Ltd c./ Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Aff. C-212/97, Rec. 1999, page I-1459, *Defrénois*, 1999, pp. 1314 à 1315, note CRÔNE (R.) ; *Bull. Joly*, 1999, pp. 705 à 712, note DOM (J.P.) ; D. Affaires, 1999, pp. 550, note MENJUCQ (M.) ; J.C.P. éd. E., 1999, pp. 1285, obs. REINHARD (Y.) ; J.D.I., 2000, pp. 484, obs. LUBY (M.) ; *Euredia*, 1999/3, pp. 381 à 397, note DEGUEE.

23 novembre 1999, *J.C. Arblade, Arblade & fils SARL*, Aff. 369/96, *B et S Leloup et Sofrage SARL*, Aff. 376/96, R.C.D.I.P., 2000, pp. 710 à 737, Note FALLON (M.). (XIX.2.7.)

9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd*, Aff. C-381/98, *Europe*, 2001, page 18, obs. IDOT (L.). (XIX.2.5.)

21 novembre 2002, *Antonio Testa et Lido Lazzeri c./ Commissione Nazionale per la Società e la Borsa (Consob)*, Aff. C-356/00, Rec. Page I-10797 ; Conclusions GEELHOED.

5 novembre 2002, *Überseering BV c/ Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Aff. C-208/00, J.C.P. éd. E., 2003, n° 448, pp. 520 à 526, note MENJUCQ (M.)

Juridictions françaises

Cour de cassation

Chambre des requêtes

29 mai 1894, Morley Unwin c/ Rayneri, *De VILLENEUVE*, 1894, I, pp. 481 à 483, note Ch. LYON-CAEN.

Chambre civile

19 janvier 1956, *Dr. Soc.*, 1956, page 319.

22 décembre 1959, 1^{ère} section civile, *D.* 1960, pp. 93 à 97, note G. HOLLEAUX ; *R.C.D.I.P.*, 1960, pp. 361 à 370, note TERRÉ ; *Clunet* 1961, pp. 420 à 426, note GOLDMAN ; *J.C.P. éd. G.*, 1960, II, 11580.

21 novembre 1961, 1^{ère} section, Montefiore c/ colonie belge du Congo, *R.C.D.I.P.*, 1962, 329, note LAGARDE (P.) ; *Clunet*, 1962, 686, note GOLDMAN ; *J.C.P.*, 1962, II, 12521, note LOUIS-LUCAS ; *D.* 1963, p. 37, note Ph. F. et chronique FRANCESCOAKIS ; Grands arrêts n° 36.

1^{ère} chambre civile

12 juillet 1989, *Bull. civ.*, I, n° 293, page 294, *J.C.P. éd. G.*, 1990, II, 21546, note DAGORNE-LABBE (Y.)

13 janvier 1993, Consorts Coucke, *R.C.D.I.P.*, 1994, pp. 78 à 82, note critique ANCEL (B.)

24 février 1993, Schule c/ Lévy, *R.D.B.B.*, 1993, page 126, obs. CREDOT (F.J.) et GERARD (Y.) ; *J.C.P., éd. E.*, 1993, I, 302, n° 2, obs. GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.). (XVIII.1.36.)

11 juin 1996, *R.T.D.Civ.*, 1997, 116, obs. MESTRE (J.), *Cont. Conc. Consomm.*, 1996, 166, note LEVENEUR (L.)

19 octobre 1999, Mme Outre-mer c/ Deutsche Bank AG et autres, *R.C.D.I.P.*, 2000, pp. 29 à 34, note LAGARDE ; *Clunet*, 2000, pp. 328 à 341, note RACINE ; *D.* 2000, Jurisprudence, pp. 765 à 768, note AUDIT (M.). (XVIII.1.17 ; XIX.1.6. ; XIX.1.7. ; XIX.1.8.)

22 février 2000, *R.C.D.I.P.*, 2000, pp. 778 à 785, note ANCEL (B.) et MUIR WATT (H.).

28 mars 2000, Sté UFB locabail c/ Bermond et autres, *D.*, 2001, pp. 1615, note JOBARD-BACHELLIER. (XVIII.1.9.1. à 4.)

18 juillet 2000, Société Générale de Banque c/ époux Dumont, *D. & P.*, février 2001, pp. 123, note MONEGER. (XVIII.1.11.)

10 juillet 2001, BHW Bausparkasse c/ Bernard, *D.* 2001, Jur., pp. 2412, note RONDEY, *J.C.P. Éd. E.*, 2001, Pan. Page 1599.

Chambre commerciale

30 janvier 1990, Caisse d'épargne et de prévoyance de Rochefort sur mer c/ SNIG FEYZIN, (XVIII.1.24.)

13 juin 1995, *bull. civ. IV*, n° 174, pp. 161 et 162.

27 février 1996, *D. Aff.* 1996, pp. 552, note X.... (XVIII.1.2.)

20 octobre 1998, *Epoux Seyve c/ IPPA*, *D. Aff.* 1999, pp. 69. (XVIII.1.3.)

20 octobre 1998, *SCI Parodi c/ Banque Albert de Bary et Cie*, *D. Aff.* 1999, pp. 69 (XVIII.1.4.1.) ; *D.*, 1999, Jurisprudence, pp. 10 à 12, spécialement page 11, Note SOUSI ; *Euredia*, 1999/1, pp. 65 à 71, note SOUSI ; *R.T.D.Com.*, 1999, pp. 166 à 168, note CABRILLAC (M.), et *R.J.D.A.* 12/98, n° 1395. (XVIII.1.4.2.)

20 octobre 1998, *SCI Thiry c/ ANHYP* (XVIII.1.18.2.)

20 octobre 1998, *SNC Dieulafait c/ ANHYP* (XVIII.1.18.1.)

11 janvier 2000, *Chemoul c/ Banque du crédit liégeois*, (XVIII.1.16.)

28 novembre 2000, *SA Allium c/ Alfin Incorporated*, *D.*, 2001, pp. 305 à 306, obs. CHEVRIER. (XVIII.1.13.)

27 février 2001, *Bouvier c/ Bressan*, *R.J.D.A.*, 6/01, n° 717. (XVIII.1.8.1 à 4., et XVIII.1.15.)

13 mars 2001, formation restreinte, *HSA Banque d'épargne c/ Mayade*, Arrêt n° 521, *D.*, 2001, n° 3, Jurisprudence, pp. 305 à 306, Note CHEVRIER (E.) ; et *R.J.D.A.* 2001, n° 801. (XVIII.1.12.)

26 février 2002, *P.A.*, 2002, n° 107, pp. 7 à 8, note PERDRIAU.

4 juin 2002, *Comptoir d'escompte de Belgique et autres c/ Ballongue et autres*, *R.D.B.F.*, 2002, page 181, obs. CREDOT et GERARD ; *J.C.P. éd. E.*, 2003, n° 396, page 463, obs. STOUFFLET.

2 juillet 2002, *Société Fortis Banque c/ S.C.I. Loire et gestion et autres*, *J.C.P. éd. E.*, 2003, n° 396, page 463, obs. STOUFFLET.

3 décembre 2002, *Bull. civ.*, IV, n° 182, page 209 ; *Banque et droit*, 2003, n° 89, page 55, note BONNEAU.

7 janvier 2004, *R.D.B.F.*, 2004, pp. 88 et 89, note CRÉDOT (F.J.) et GÉRARD (Y.).

Chambre criminelle

21 oct. 1841 : S. 1842, 1, p. 904

27 févr. 1864 : S. 1864, 1, p. 341

24 mars 1944 : DA 1944, p. 75

2 juin 1987, pourvoi n° 87-81.537, (XVIII.1.27 et 29.)

27 mai 1988, pourvoi n° 87-91.478, (XVIII.1.28.)

16 octobre 1989, pourvoi n° 87-84.232, (XVIII.1.26.)

7 novembre 1989, pourvoi n° 88-84.058, (XVIII.1.25.)

13 mai 1991, pourvoi n° 90-81.826, (XVIII.1.38.)

11 janvier 1993, pourvoi n° 92-81.894, (XVIII.1.37.)

7 juin 1993, pourvoi n° 92-83.681, (XVIII.1.34.)

2 mai 1994, pourvoi n° 93-83.512, *Bull. crim.* N° 158. (XVIII.1.33.)

3 novembre 1994, pourvoi n° 93-82.724, Bull. crim. n° 345 ; D. 1995, IR. N° 25 ; J.C.P., éd. E., 1996, I, 525, n° 1, obs. GAVALDA et STOUFFLET ; J.C.P. éd. G., II, 22445, note POLLAUD-DULLIAN (F.). (XVIII.1.32.)

19 décembre 1994, pourvoi n° 94-80.141, (XVIII.1.31.)

17 janvier 1995, pourvoi n° 94-85.117, (XVIII.1.30.)

28 novembre 1996, pourvoi n° 95-80.168 ; J.C.P. éd. G., 1997, IV, 1214, *Gaz. Pal.*, 1997, 2, Chronique de droit criminel, page 61. (XVIII.1.51.)

26 février 1998, Bull. crim. N° 77 ; D.Aff. 1998, pp. 1045 ; Dr. Pén. 1998, comm. 83, obs. ROBERT (J.H.). (XVIII.1.5.)

24 mars 1999, pourvoi n° 98-80.115, (XVIII.1.45.)

16 juin 1999, pourvoi n° 98-83.734, (XVIII.1.43.)

15 septembre 1999, pourvoi n° 98-81.855, (XVIII.1.42.)

10 novembre 1999, pourvoi n° 97-86.490, (XVIII.1.41.)

18 janvier 2000, Cambis, J.C.P. E., 2001, 759. (XVIII.1.10.)

11 mai 2000, n° 3140 PF, B et K, Bull. Joly bourse, 2000, § 94, pp. 458 à 462, note GRANIER (Th.)

24 mai 2000, pourvoi n° 99-81.706, (XVIII.1.40.)

7 juin 2000, pourvoi n° 99-83.362, (XVIII.1.39.)

Divers.

23 avril 1929, Rev. Jur. Alsace-Lorraine, 1929, page 291

Conseil d'Etat

29 juin 1973, *compagnie internationale des wagons-lits*, in *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2001,

5 juin 1987, R.C.D.I.P. 1989, p. 694, note LAGARDE (P.).

26 mars 1997, Association Française des Banques, P.A. n° 14, du 02 février 1998, pp. à note BOUMAKANI (B.) (XVIII.1.1.)

Cours d'Appel

C.A. COLMAR, 4 février 1925, Rev. Jur. Alsace-Lorraine, 1925, page 599, Conclusions BERGET, note WILHELM.

C.A. PARIS, 1^{ère} chambre suppl., 9 juin 1983, Société Iro-Holding c/ Société Sétilex, *Revue de l'arbitrage*, 1983, n° 4, pp. 497 à 506, note VASSEUR.

C.A. PARIS, 26 juin 1995, R.D.B.B., 1996, page 234, note CRÉDOT (F.J.) et GÉRARD (Y.).

C.A. MONTPELLIER, 22 mars 1999, Thomas c/ Caisse hypothécaire anversoise, non publié, cité par SIMON (D.) in *Europe*, novembre 2000, Commentaires, page 19 ; *Euredia*, 1999/4, pp.551 à 590, note TISON.

C.A. PARIS, 15^{ème} chambre A, 26 mai 1999, Gebahi c/ Banque IPPA, *Euredia*, 1999/4, pp.551 à 590, note TISON.

C.A. PARIS, 2^{ème} chambre B, 17 juin 1999, Dipo c/ Tillon, *Euredia*, 1999/4, pp.551 à 590, note TISON ; *D.*, 2000, Jurisprudence, pp. 451 à 453, note SYNDET.

C.A. AIX EN PROVENCE, 30 juin 1999, 15^{ème} chambre, Dipo c/ Epoux Milano, *Euredia*, 1999/4, pp.551 à 590, note TISON.

C.A. PARIS, 1^{ère} chambre G., 14 juin 2000, Société Parodi c/ Banque H. Albert de Bary et compagnie, *D.*, 2000, Commentaires, pp. 614 à 616, Note SOUSI-ROUBI (B.) ; *Euredia*, 2000/2, pp. 249 à 257, note SOUSI ; *Europe*, novembre 2000, Commentaires, page 19, Note SIMON (D.) ; *D.*, 2000, Jurisprudence, pp. 451 à 453, note SYNDET.

C.A. PAU, 1^{er} mars 2001, Brousse c/ Banque de Vasconia, *R.J.D.A.*, 2001, n° 939.

C.A. PARIS, 30 novembre 2001, Note MAINGUY in *D. & P.*, 2002, n° 105, pp. 111 et 112. (XIX.1.51.)

Juridictions du premier degré

T.I. PARIS, 23 novembre 2000, Wersand c/ Société Générale, *D.*, 2001, Jur., pp. 451 à 452, note AVENA-ROBARDET. (XVIII.1.14.)

